Besonderheiten hinsichtlich der Erteilung der Prokura durch Aktien-Gesellschaften.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Gerhard Peucker.

Breslau 1910.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der
Universität Breslau
Referent: Professor Dr. H. Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meiner lieben Tante Emilie

in Dankbarkeit.

Inhalts-Übersicht.

Literatur-Verzeichnis.

Kommentare, Lehrbücher und Dissertationen.

Anschütz-Frhr. v. Völdernborff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechtes. Erlangen 1868.

Auerbach, Aktienwesen. Frankfurt a. M. 1873.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Berlin-Leipzig 1886.

Bie, Über die Kollektivprokura. Leipzig, Diss. 1894.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. I. 1885.

Borger, Der Inhalt der Vollmacht des Prokuristen. Leipzig. Diss. 1903.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.

Düringer-Hachenburg u. a., Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 mit Ausschluß des Seerechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Mannheim 1908.

R. u. F. Esser, Die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs für das deutsche Reich vom 10. Mai 1897. Berlin 1899.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts. Bd. I. Leipzig 1881.

Fittig, Die rechtliche Stellung des Prokuristen. Straßburg. Diss. 1904.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

— Deutsches Privatrecht.

Goldmann, Das Handelsgesetzbuch von 1897. Berlin 1901.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. Braunschweig 1871.

Kayser, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884. Berlin 1884.

Keyßner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Stuttgart 1878.

Koch, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Berlin 1868.

Kowalzig, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1879.

v. Kräwel, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch außer dem 5. Buche vom Seehandel und das preußische Einführungsgesetz. Halle 1862.

Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften. Berlin 1898.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1902.

Littauer-Mosse, Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1905.

Löwenfeld, Das Recht der Aktiengesellschaft. Berlin 1879.

Makower, Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 11. Aufl. Berlin 1893.

— Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Berlin 1906.

Merzbacher, Aktiengesetz. München 1901.

Molle, Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Kommanditgesellschaften auf Aktien. Berlin 1875.

Petersen-Frhr. v. Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Leipzig 1890.

Pinner, Das Deutsche Aktienrecht. Berlin 1899.

Pöhls, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts. Hamburg 1828.

Puchelt, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch 3. Aufl. Leipzig 1882.

Puchelt-Förtsch, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. Leipzig 1893.

Renaud, Das Recht der Aktiengesellschaften. 1. und 2. Aufl. Leipzig.

Ring, Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juni 1884. Berlin 1886.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Bearbeitet von Könige und a. Berlin 1906.

Stegmann, Beitrag zur Lehre von der Prokura. Erlang. Diss. 1905.

Schultze-Görlitz, Die Führung des Handels- und Muster-Registers. Berlin 1893.

Schulze, Die Erteilung der Prokura. Leipzig, Diss. 1908.

Strey, Das deutsche Handelsgesellschaftsrecht. Berlin 1873.

v. Stubenrauch, Handbuch des Österreichischen Handelsrechtes.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. 3. Aufl.

Thöl, Das Handelsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1874 und 6. Aufl.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

Vogel, Die Prokura nach deutschem, schweizerischen und französischem Recht. Berner Diss. 1903.

Weinhagen, Recht der Aktiengesellschaften. Köln 1866.

Welti, Die Organisation der Aktiengesellschaft nach dem Bundesgesetz über das Obligationenrecht, mit spezieller Berücksichtigung der deutschen Handelsgesetzgebung. Berner Diss. 1890.

v. Westenholz, Entstehen und Erlöschen der Prokura. Leipzig. Diss. 1906.

Wächter, Das Handelsrecht nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. Leipzig 1865.

Willenbücher, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Ausschluß des Seerechts. Berlin 1891.

Gesetzesmaterialien und Judikatur.

Lutz, Protokolle der Kommission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Würzburg 1857.

Entwurf eines Österreichischen Handelsrechtes. Revidierter Entwurf, in Lutz, Protokolle 2c. Beilageband.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten. Berlin 1857.

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Begründung und Anlagen. Berlin 1883. zit. Begründung.

Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Herausgegeben von Hahn, fortgesetzt von Mugdan.

Gesetzblatt der freien Hansastadt Bremen. Jahrg. 1860. Bremen 1861.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. II, IV, VI, VIII, IX, XIV, XXXIII.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. IV, IX, XII, XIV, XXII, XXIV, XXIX, XXXI, XXXV, XL, XLV, LVIII.

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts Bd. II. Leipzig 1901. zit. O.L.G.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Herausgegeben von Johow (später im Verein mit Küntzel bezw. Ring). Berlin. Bd. II, XV, XXII. zit. K.G.J.

Zeitschriften.

Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches. Herausgegeben von Fischer. München. Bd. 20, Heft 2.

Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Herausg. von Busch. Leipzig. Bd. I, II.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Herausg. von Goldschmidt Stuttgart. Bd. X, XIV, LIII.

Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Steuer- und Stempelfragen. Herausg. von Holdheim. Jahrg. 3. Berlin.

Juristische Wochenschrift, Organ des Deutschen Anwaltvereins. Herausg. von H. Neumann. Jahrg. 1897, 1900. Berlin. zit. J.W.

Zentralorgan für das Deutsche Handels- und Wechselrecht. Herausg. von Löhr n. F. Bd. VI. Elberfeld.

Zeitschrift für das Notariat. Herausg. von dem Verein für das Notariat in Rheinpreußen. 17. Jahrg. 1852. Köln.

Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen. Herausg. von Ichenhäuser Bd. XI. Berlin.

Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Bd. 4. zit. D. Not.-V.-Z.

Einleitung.

§ 1.

Das Institut der Prokura hat erst in jüngster Zeit gesetzliche Anerkennung und Ausgestaltung erfahren. Trotzdem aber ist die Prokura kein Gebilde, welches urplötzlich — gewissermaßen aus nichts heraus geschaffen ist, sondern sie ist das Produkt eines jahrhundertewährenden Entwickelungsprozesses, der mit der Herausbildung des Grundsatzes der direkten Stellvertretung und eines Spezialrechts des Handelsstandes auf das engste verknüpft ist. Überall dort, wo der Grundsatz der direkten Stellvertretung, bei der der Vertreter im Namen des Vertretenen auftritt und abschließt, und die — vom Fall der gesetzlichen Stellvertretung abgesehen — eine dem Vertreter durch Rechtsgeschäft übertragene Vertretungsmacht (Vollmacht) voraussetzt, nicht anerkannt ist, fehlt es auch an dem zur Entwickelung von Normen über die Vollmacht nötigen Boden, von Normen, die dann fast überall[1]) im Handelsrecht in einer den Bedürfnissen dieses besonderen Standes Rechnung tragenden Weise als gewöhnliche Handlungsvollmacht und als Prokura fortgebildet sind.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, auf diesen Prozeß und die endgültige Ausgestaltung der Prokura durch das H.G.B. vom 10. Mai 1897 näher einzugehen. Es mag nur darauf hingewiesen werden, daß ihr Wesen in keiner Weise dadurch beeinflußt wird, wer die Vollmacht erteilt. Nur hinsichtlich der

[1]) Das französische Recht z. B. kennt zwar auch eine Prokura und prokurenähnliche Verhältnisse, doch sind sie, durch das bürgerliche Recht geregelt, ohne weiteres jedermann zugänglich, also kein Sonderrecht des Handelsstandes; vgl. die Verweisung des Art. 94 Abs. 2 des Code de commerce auf den Code Napoléon.

Erteilung und Aufhebung selbst ergeben sich eine Reihe von Besonderheiten, die durch die Person des Vollmachtgebers direkt oder indirekt bedingt sind, da die allgemeinen Bestimmungen des H.G.B. nur auf den typischen Fall, daß Inhaber des Handelsgeschäfts eine einzelne physische Person ist, abgestellt sind. Insoweit sich solche Abweichungen vom Normalfall bei der Prokura einer Aktiengesellschaft ergeben, wollen wir sie im folgenden einer eingehenderen Betrachtung unterziehen.

I. Abschnitt.

Über die Zulässigkeit der Prokuraerteilung durch Aktiengesellschaften.

§ 2.

Im allgemeinen.

Unter der Herrschaft des A.D.H.G.B. ist es nicht unbestritten gewesen, ob Aktiengesellschaften die Fähigkeit besäßen, sich Prokuristen zu bestellen. In der Nürnberger Konferenz trug man Bedenken, die Erteilung der Prokura für Aktiengesellschaften ausdrücklich zuzulassen und lehnte einen dahin gehenden Antrag ab.[1]) Andererseits fand aber ein Verbot der Bestellung von Prokuristen keine Aufnahme im Entwurf.

Aus dem Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung im A.D.H.G.B. hatte man die Unzulässigkeit der Prokura bei Aktiengesellschaften herleiten wollen und sich zur Stärkung dieser Ansicht auf die Konferenzverhandlungen (Lutz, Prot. Bd. III S. 1057, 1063 ff.) berufen.[2]) Der allein in Frage kommende Art. 234 A.D.H.G.B.

[1]) Vgl. Lutz, S. 1063 f.

[2]) Renaud, I. Aufl. S. 558; Koch, S. 368 Anm. 118; Auerbach, S. 235 f.; Molle, S. 82 f.; Verfügung des Stadtgerichts Berlin vom 25. Januar 1870 in Löhrs Zentralorgan n. F. Bd. VI S. 481 und Verordn. d. sächs. Justizmin. vom 21. November 1863 in Busch's Arch. Bd. II S. 142; verneint wird die Zulässigkeit der Prokura noch von Strey, S. 235 f. und dem Ob. Ger. H. Wien in Buschs Arch. Bd. V S. 220 ff.; bezügl. der Aktualität der Frage in der Schweiz, vgl. Welti, S. 64 ff.

hat aber die Unzulässigkeit der Prokura nicht ausdrücklich ausgesprochen und im Wege der Interpretation läßt sich auch nicht ermitteln, daß dem Art. 234 ein derartiger Sinn zukäme oder wenigstens die gesetzgebenden Faktoren den Zweck verfolgt hätten, Prokuristen als Vertreter von Aktiengesellschaften nicht zuzulassen.[1])

Was dagegen die in den Konferenzprotokollen vorgebrachte und nachher ohne weitere Prüfung mehrfach wiederholte Ansicht, daß „erfahrungsgemäß Aktiengesellschaften niemals einen Prokuristen bestellten",[2]) anlangt, so ist es ein Trugschluß, wenn man daraus den Mangel eines Bedürfnisses oder gar die Unzulässigkeit der Prokura folgern wollte. Und dabei kann nicht einmal ein solches Bedürfnis geleugnet werden. Sowohl vor wie nach Einführung des A.D.H.G.B. sehen wir Prokuristen für Aktiengesellschaften handelnd auftreten,[3]) ganz zu schweigen von der Gegenwart, wo selbst Gesellschaften mit geringerem Aktienkapital eine Vertretung durch Prokuristen kaum noch entbehren können.

Die inneren Gründe für diese Erscheinung, die am häufigsten dort eintritt, wo eine Gesellschaft eine Mehrheit von räumlich getrennten Niederlassungen besitzt, liegen ziemlich klar zutage. Zwar kann die Gesellschaft durch Bestellung einer größeren Zahl von Vorstandsmitgliedern oder von Handlungsbevollmächtigten mit weitgehender Generalvollmacht denselben Erfolg erzielen, wie durch Bestellung von Prokuristen. Eine Erweiterung der Zahl der Vorstandsmitglieder wird aber in praxi mit Rücksicht auf die meist sehr erheblichen Geldopfer, die dadurch der Gesellschaft auferlegt werden, gern vermieden werden. Außerdem bietet die Bestellung eines Prokuristen gegenüber der eines weiteren Vorstandsmitgliedes noch den Vorteil, daß die Prokura jederzeit widerrufen werden kann, wogegen zur Remotion des Vorstandes erst die Einberufung einer Generalversammlung erforderlich ist. Von welcher Wichtigkeit aber — im Gegensatz zum gewöhnlichen

[1]) Vgl. bezüglich des Wertes der Prot. für die Auslegung des Art. 234; Hahn, Art. 234 § 5 und Busch in seinem Arch. Bd. II S. 365 f.

[2]) Lutz, S. 1064.

[3]) z. B. bei der Deutschen Bank und der Allgemeinen Deutschen Kreditanstalt.

Handlungsbevollmächtigten — für jedes Unternehmen ein Vertreter ist, dessen Bestellung und Abberufung mit ihren gesetzlichen Wirkungen ins Handelsregister eingetragen wird, bedarf wohl keiner Ausführung.

Es fragt sich nun aber, ob nicht vielleicht in der Natur der Sache ein Grund für die Unzulässigkeit der Prokura liegt.

Man meinte wohl, daß das Recht, sich Prokuristen zu bestellen, nicht zu einem Institut passe, dessen Geschäftstätigkeit sich nur auf einem autonomisch-beschränkten Boden bewege.[1])

Um das Jahr 1870 war man nämlich noch vielfach geneigt, der Aktiengesellschaft die juristische Persönlichkeit abzusprechen[2]) und den Vorstand selbst gewissermaßen als Prokuristen anzusehen.[3]) Infolgedessen mußte man dann in der Bestellung von Prokuristen durch den Vorstand eine unzulässige Substitution erblicken. Dieses letztere gegen die Erteilung der Prokura vorgebrachte Argument ist schon deswegen nicht beweiskräftig, weil die Erteilung der Prokura nicht unbedingt dem Vorstande zuzustehen braucht, wie noch unten[4]) gezeigt werden wird, und die Prokura das Vorhandensein der Kaufmannsqualität auf seiten dessen voraussetzt, für den sie erteilt wird. Diese Eigenschaft kann aber nur der Gesellschaft selbst, nicht auch dem Vorstande zukommen,[5]) so daß ein von ihm bestellter Prokurist nie als sein Substitut erscheinen könnte, sondern der Prokurist vertritt allein die Aktiengesellschaft, nicht aber den Vorstand.[6]) Zudem ist die

[1]) Vgl. Lutz, Prot. S. 1064; Koch, § 234, Note 118; Renaud, 1. Aufl. S. 558.

[2]) Gegen die juristische Persönlichkeit waren z. B. Thöl, § 21; Koch, Anm. 40 und zu Art. 12 § 5 des E.G. Anm. 35; Wächter, 2. Teil S. 92 Anm. 4; R.O.H.G. Bd. II S. 39; dafür: Anschütz-v. Völderndorff, Bd. II S. 8 § 4; v. Hahn, Art. 213 § 1; Renaud, S. 101 ff.; R.O.H.G. Bd. IV S. 310 f.

[3]) Vgl. Verordn. des sächs. Justizmin. in Busch's Arch. Bd. II S. 144 und Löwenfeld, S. 240.

[4]) Vgl. S. 25 ff.

[5]) Behrend, S. 99; Thöl, S. 132.

[6]) Siehe auch Lehmann-Ring, § 238 Nr. 5; Goldmann, § 238 Ziffer 9; Makower, § 238 I b; Staub, § 238 Anm. 1; Pinner, § 238 II.

Machtsphäre des Vorstandes regelmäßig viel größer als der Umfang der Prokura.

Endlich ist es heute aber auch allgemein anerkannt, daß die Aktiengesellschaft als juristische Person Rechtsfähigkeit und Willensfähigkeit hat, genau so wie die physische Person. Daher kann sie ebenso wie der Einzelkaufmann Handlungsgehilfen und gewöhnliche Handlungsbevollmächtigte bestellen, auch alle sonstigen Rechtsakte vornehmen und es kann ihr nicht das Recht, Prokura zu erteilen, allein abgesprochen werden. Nur muß man dabei berücksichtigen, daß die Aktiengesellschaft nicht wie eine physische Person ihren Willen kundtun kann, sondern dies geschieht durch ihre Organe im Rechtssinne, und der Vorstand hat als solches nicht von der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrat die Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft, sondern kraft Gesetzes, welches ihm die Stellung eines gesetzlichen Vertreters einräumt.[1])

Andere als die vorstehend widerlegten Gründe hat man gegen die Prokura nicht vorbringen können und die schon vorher herrschende Ansicht,[2]) welche sich für die Erteilung der Prokura durch Aktiengesellschaften ausgesprochen hatte, fand gesetzliche Anerkennung in § 1 Art. 234 des Reichsgesetzes betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, von wo sie auch in § 238 des neuen H.G.B. vom 10. Mai 1897 übernommen worden ist.[3])

---

[1]) So auch v. Hahn, Art. 234 § 2 Anm. 2; Düringer-Hachenburg u. a., § 48 Anm. 3; vgl. auch § 231 Abs. 1 H.G.B. und § 26 Abs. 2 B.G.B.

[2]) So Anschütz-v. Völderndorff, II Art. 234 Ziffer 3; Behrend, S. 365; Busch in seinem Arch. Bd. II S. 360 ff.; Endemann, S. 284 Anm. 19; v. Hahn, Art. 234 § 5; Keyßner, Art. 234 Anm. 1; Kowalzig, Art. 41 Anm. 29a; v. Kräwel, Art. 234 Anm. 2; Makower, Art. 234 A. 10; Renaud, 2. Aufl. S. 640 f.; Priber in Busch's Arch. Bd. I S. 273; Puchelt, Art. 234 Anm. 1; Stubenrauch, S. 312; Weinhagen, Art. 234 Anm. 4; Beschluß des K.G. in Busch's Arch. Bd. 23 S. 265 ff.; R.O.H.G. Bd. VIII S. 339 und auch Mot. zur 2. Aktiennovelle S. 34 ff.; sowie die gesamte neuere Literatur.

[3]) Ausdrücklich verboten ist die Prokura auch heute noch in Schweden (44 Abs. 2) und in Ungarn (193 Abs. 2).

§ 3.

Insbesondere bei Zivilaktiengesellschaften.

Es bliebe nunmehr noch die Frage zu erörtern, ob bei allen Aktiengesellschaften in gleicher Weise die Prokura ihre Berechtigung hat, mit anderen Worten, ob das Vorkommen einer Prokura auch bei den sogenannten Zivilaktiengesellschaften möglich und eventuell wie es zu erklären ist.

Bis zur ersten Aktiennovelle im Jahre 1870 war es zweifellos, daß eine Aktiengesellschaft dann nicht Prokura erteilen konnte, wenn sie keine Handelsgesellschaft war. Denn nur solche Aktiengesellschaften, „bei welchen der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften[1]) besteht", besaßen die Eigenschaft von Kaufleuten, welche nach Art. 41 die Voraussetzung für die Erteilung der Prokura bildet.

Da aber die Zivilaktiengesellschaften denselben inneren Bau annehmen können, wie die Handelsaktiengesellschaften und es häufig zweifelhaft bleiben wird, was Gegenstand des Unternehmens ist, erschien im Interesse der Verkehrssicherheit eine einheitliche Regelung der Verhältnisse aller Aktiengesellschaften ohne Rücksicht auf den von ihnen verfolgten Zweck geboten. Daher wurde durch die oben erwähnte Novelle das Erfordernis der Art. 5 und 207, daß der Gesellschaftszweck in dem Betrieb von Handelsgeschäften bestehen müsse, gestrichen und durch Art. 208 noch ausdrücklich auch den nicht Handel treibenden Aktiengesellschaften die Kaufmannseigenschaft beigelegt. Durch die Novelle von 1884 ist daran nichts geändert worden. Ebenso gilt auch nach § 210 Abs. 2 des neuen H.G.B. die Aktiengesellschaft als Handelsgesellschaft, „auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht", und zwar hat sie gemäß § 6 Abs. 2 H.G.B. immer die Eigenschaft eines Vollkaufmanns, so daß die Vorschriften des § 4 Abs. 1 für sie keine Geltung haben.

Die Wirkung der vom Gesetz in § 210 Abs. 2 aufgestellten Fiktion besteht in der Ausdehnung ursprünglich handelsrechtlicher

[1]) Art. 5 Abs. 1.

Normen auf dem Handel entrückte Gebiete in der Weise, daß die rechtlichen Beziehungen auch der Zivilaktiengesellschaften zum Publikum in gleichen Bestimmungen unterstehen, wie die der Handelsaktiengesellschaften. Wie sie daher eine Firma hat, die ins Handelsregister eingetragen werden muß, und wie sie zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet ist, so steht ihr auch das Recht zu, Prokura zu erteilen.

Berücksichtigt man aber, daß der gesetzliche Inhalt der Prokura nach § 49 H.G.B. in der Ermächtigung „zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt", besteht und daß es, wie § 210 Abs. 2 H.G.B. deutlich zum Ausdruck bringt, Aktiengesellschaften gibt, die kein Handelsgewerbe betreiben, deren Geschäftsbetrieb sogar nicht einmal ein Gewerbe bildet, wie bei einem in die Form einer Aktiengesellschaft gekleideten Verein mit idealen Tendenzen, so scheint das ein innerer Widerspruch.

Man würde ihn vermeiden, wenn man annehmen wollte, daß infolge der Fiktion der Nichthandelsgesellschaften als Handelsgesellschaften auch der Geschäftsbetrieb der Gesellschaft als Handelsgewerbe fingiert werde und ihre einzelnen Geschäfte, weil von einer mit Kaufmannseigenschaft ausgestatteten Gesellschaft im Betriebe ihres Handelsgewerbes geschlossen, nach § 343 H.G.B. Handelsgeschäfte seien.[1]) Die Zivilaktiengesellschaften aber sollen nach dem Willen des Gesetzes nur derselben rechtlichen Behandlung wie die wirklichen Handelsaktiengesellschaften unterworfen sein, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betriebe eines Handelsgewerbes besteht, wovon sonst grundsätzlich der Besitz der Kaufmannseigenschaft abhängig gemacht wird. Der zugrundeliegende Tatbestand muß, wie bei jeder Tatbestandsfiktion — und um nichts anderes handelt es sich in § 210 Abs. 2 H.G.B. — derselbe bleiben, mit anderen Worten, der Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft kann dadurch nicht zum

[1]) Lehmann-Ring, § 210 Anm. 5. Ebenso Goldmann, § 210 Anm. 24.

Handelsgewerbe gestempelt werden und ebensowenig sind die von ihr abgeschlossenen Geschäfte Handelsgeschäfte.[1]) Nur wenn § 5 H.G.B. Platz greift, also nur wenn sich eine ein Gewerbe betreibende Zivilaktiengesellschaft als Kaufmann geriert,[2]) muß sie sich als Kaufmann und die von ihr geschlossenen Geschäfte als Handelsgeschäfte behandeln lassen, aber nur wegen Vorliegens der Voraussetzung des § 5 H.G.B., der zum Schutze von Treu und Glauben den Begriff des sogenannten Scheinkaufmanns prägt.

Staub[3]) und anscheinend ebenso Pinner[4]) haben den scheinbaren Widerspruch dadurch zu lösen gesucht, daß sie in solchem Falle den Umfang der Prokura als einen weiteren auffaßten, wie den, der in § 49 vom Gesetz ausdrücklich festgelegt ist. Diese Hypothese, welche der Grundlage im Gesetz völlig entbehrt, erscheint aus dem Grunde gewagt, weil die Prokura dann ihres Charakters als einer spezifisch handelsrechtlichen Art der Vollmacht mehr oder weniger entkleidet werden würde. Daher bleibt nichts übrig, als in der Bestellung eines Prokuristen zugleich eine besondere — stillschweigende[5]) — Ermächtigung zur Vornahme auch derjenigen Geschäfte und Rechtshandlungen zu sehen, die der den Gegenstand des Unternehmens bildende Betrieb erfordert.[6]) Dies erscheint m. E. als die nächstliegendste und einzig mögliche Lösung.

§ 4.
Prokuraerteilung für eine von mehreren Niederlassungen.

Nicht berührt wird von den Erörterungen in den beiden vorstehenden Paragraphen die Frage, ob eine Aktiengesellschaft mit

---

[1]) Ebenso Staub, § 210 Anm. 14 ff.; Makower, § 210 III.

[2]) Die Fiktion des § 210 Abs. 2 und deren Wirkungen werden dadurch nicht berührt.

[3]) Staub, § 238 Anm. 5.

[4]) Pinner, § 238 II.

[5]) Die Zulässigkeit der stillschweigenden Erteilung einer Vollmacht ist allgemein anerkannt; s. insbesondere Lehmann-Ring, § 54 Nr. 6.

[6]) Makower, § 238 I c.

mehreren Handelsniederlassungen[1]) nur für eine derselben in Dritten gegenüber wirksamer Weise[2]) Prokura erteilen kann. Wir werden daher im folgenden auf diese Beschränkung etwas näher eingehen müssen.

Zwischen der Prokura und der Firma des Geschäftes, für das sie erteilt wird, besteht ein so inniger Zusammenhang, daß die bei einer von mehreren Niederlassungen erteilte Prokura sich ohne weiteres auf den Betrieb der übrigen Niederlassungen erstreckt. Denn alle Handlungen, die unter derselben Firma betrieben werden, bilden ein und dasselbe Handelsgeschäft.

Andererseits ist zu beachten, daß die Aktiengesellschaft im Gegensatz zu mehreren Geschäften des Einzelkaufmanns nur eine Firma haben kann. Bei ihr ist die Firma nicht bloß der Name, unter dem die Gesellschaft ihre Geschäfte betreibt, sondern zugleich das gesetzliche Unterscheidungsmerkmal des konkreten Rechtsgebildes von anderen Rechtsgebilden im Verkehr[3]) und bildet eine wesentliche Voraussetzung ihrer Existenz.[4]) Findet sich bei der Firma ein Zusatz, welcher eine Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft im Verkehr mit dem Publikum als solche charakterisieren soll, so fällt er nicht in den Rahmen der Firmierung, sondern bringt lediglich die Zugehörigkeit zum Hauptgeschäft zum Ausdruck.

Auch die Bildung der Firma der Zweigniederlassung durch Zusätze zur Gesellschaftsfirma, die die Aktiengesellschaft als Rechtsnachfolgerin des bisherigen Firmeninhabers erscheinen lassen, verändern nicht die Firma, sondern passen sie nur der Zweigniederlassung[5]) an. Daher hat man vor 1900 wohl die

---

[1]) Bloße Geschäftsstellen, welche in ihrem Bestande von dem Bestande des Hauptgeschäfts unbedingt abhängig sind, entbehren des juristischen Charakters einer Niederlassung (vgl. O.L.G. II, S. 91), und da sie nicht registerpflichtig sind, können schon deshalb für sie keine Prokuristen bestellt werden.

[2]) Mit interner Wirkung ist das natürlich immer statthaft.

[3]) Düringer-Hachenburg u. a., § 20 Anm. 4.

[4]) Goldmann, § 19 Anm. 6.

[5]) Vgl. Pinner, § 80 V. 1.

Zulässigkeit einer solchen Beschränkung bestritten.[1] Aber auch die Begründung, daß die für eine Zweigniederlassung erteilte Prokura zwar „eine" Begrenzung enthalte, jedoch eine innerhalb der gezogenen Grenzen unbeschränkte Prokura und daher zulässig sei,[2] erscheint nach dem Vorstehenden nicht richtig, sie kann jedenfalls der Bestimmung des § 50 Abs. 1 Satz 3 H.G.B. gegenüber nicht stand halten. Die Statuierung des dort enthaltenen Verbotes einer Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen, die unter derselben Firma betrieben werden, ist aber nur eine Folge strengster Durchführung des Prinzipes der Unbeschränkbarkeit, welches seinerseits wieder im Interesse der Verkehrssicherheit geboten erschien. Es erhellt, daß das Verbot dort seine Wirkung verlieren muß, wo solche Rücksichten auf das Verkehrsinteresse nicht mehr zu nehmen sind, weil der Dritte leicht selbst durch äußerliche Zusätze den auf die Zweigniederlassung beschränkten Umfang der Prokura erkennen kann. Dem trug auch § 50 Abs. 3 Satz 2 durch den gegenüber Art. 43 A.D.H.G.B. neuen Zusatz Rechnung: „Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieses Gesetzes wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet." Hierdurch wird jeder Zweifel über die Zulässigkeit der Beschränkung der Prokura auf eine Zweigniederlassung der Aktiengesellschaft ausgeschlossen, sofern die Zweigniederlassung durch einen entsprechenden Zusatz kenntlich gemacht ist.

Nach obigen Ausführungen bedarf es wohl kaum noch der Erwähnung, daß die Erteilung der Prokura mit Beschränkung auf die Zweigniederlassung erst dann wirksam werden kann, wenn der Zusatz zur Firma ins Handelsregister eingetragen ist. Übrigens ist, wenn auch aus anderem Grunde, die Eintragung der Firma selbst eine unbedingte Voraussetzung jeder Prokuraerteilung für

---

[1] z. B. Puchelt-Förtsch, Art. 234 Anm. 4; Beschluß des K.G. vom 4. April 1892 in Holdheims Wochenschrift 1892, S. 284; man beachte den unmotivierten Widerspruch bei Willenbücher, Art. 43 Abs. 2 und Art. 234 Anm. 4.

[2] Hergenhahn, Vorstand S. 145 und die dort angeführte Literatur.

Aktiengesellschaften. Denn vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht.[1])

Als Ergebnis unserer Untersuchungen in diesem und im vorigen Paragraphen steht also fest, daß nach heutigem Recht unzweifelhaft die Erteilung der Prokura durch Aktiengesellschaften jeder Art und gegebenenfalls auch für eine von mehreren Niederlassungen statthaft ist.

Wir werden aber im folgenden Paragraphen noch zwei Ereignisse hinsichtlich ihres Einflusses auf die Bestellung von Prokuristen zu prüfen haben: den Eintritt der Liquidation und die Eröffnung des Konkurses.

§ 5.

Insbesondere während der Liquidation und des Konkurses der Gesellschaft.

I. Die Liquidation ist die regelmäßige Folge der Auflösung einer Aktiengesellschaft. Aber trotz der Auflösung der Gesellschaft ist ein körperschaftliches Nachleben derselben in der Liquidationsgesellschaft bis zur vollständigen Abwickelung der Liquidation von Nöten:[2]) auch die Liquidationsgesellschaft ist Handelsgesellschaft und gilt als Kaufmann. Infolgedessen sollte man meinen, daß ihr auch bis zur Beendigung der Liquidation die Befugnis zur Prokuraerteilung zustände. Dem ist aber nicht so. Vielmehr hat § 298 Abs. 4 H.G.B. ausdrücklich bestimmt, daß eine Bestellung von Prokuristen während der Liquidationsperiode nicht stattfinden dürfe. Der Grund für diese Bestimmung ist in dem Umstande zu suchen, daß im Wesen der Liquidation und dem der Prokura ein nicht zu überbrückender Gegensatz besteht. Denn die Liquidation bezweckt nur die Abwickelung der laufenden Geschäfte, in der Bestellung eines Prokuristen hingegen liegt die Erteilung einer Vollmacht zum Betriebe des Handelsgeschäftes, als zu werbenden Zwecken, und der Geschäftskreis der Liquidatoren

[1]) § 200 H.G.B.

[2]) Vgl. § 294 Abs. 2 H.G.B.

ist demnach infolge des Liquidationszweckes wesentlich beschränkter als der des Prokuristen.[1])

Wird im Gegensatz zu der zwingenden Bestimmung des § 298 Abs. 4 eine Prokura erteilt, so ist sie als solche natürlich unwirksam. Da jedoch die Bestellung von Handlungsbevollmächtigten nach wie vor Beginn der Liquidation zulässig ist,[2]) so kann bisweilen die in der Erteilung der Prokura liegende Vollmacht als gewöhnliche Handlungsvollmacht angesehen werden. Wann dies möglich ist, wird quaestio facti sein, doch wird man es wohl allemal dann annehmen dürfen, wenn sich aus den Umständen mit Sicherheit ermitteln läßt, daß in erster Linie beabsichtigt war, dem Liquidationsvorstande einen Gehilfen mit weitgehender Handlungsvollmacht zur Seite zu stellen, ohne daß auf deren Erscheinungsform ein besonderes Gewicht gelegt wird.[3]) Wir begegnen hier derselben Erscheinung wie bei Erteilung einer Prokura durch einen Geschäftsinhaber, der nicht Vollkaufmann ist, in welchem Falle die herrschende Ansicht auch die Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht annimmt.[4]) Es versteht sich von selbst, daß diese Vollmacht immer, aber auch nur, die Ermächtigung zu allen Befugnissen eines Liquidators enthält.

II. Die gleiche Wirkung, welche der Eintritt in die Liquidation hat, muß der Eröffnung des Konkurses zugeschrieben werden. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Dadurch, daß der Konkurs das gesamte Vermögen der Gesellschaft, welches die natürliche Grundlage ihres Bestehens bildet, dem in der Befriedigung der Gläubiger gipfelnden Konkurszweck unterwirft und in die ausschließliche Verwaltung und Verfügung

---

[1]) Vgl. Pinner, § 298 IV 8; Düringer-Hachenburg u. a., § 48, Anm. 2; Lehmann-Ring, § 298 Anm. 5; Goldmann, § 298 Ziff. 7; Stegmann, S. 22 f.; Staub, § 298 Anm. 11; Ring, Art. 244a Ziff. 5; Keyßner in Goldschm. Zeitschr. Bd. 10 S. 345.

[2]) Vgl. Goldmann a. a. O.; Staub a. a. O.; Ring a. a. O.; Keyßner a. a. O.; dagegen die Begründ. z. Nov. von 1884 S. 372.

[3]) So Lehmann-Ring, § 298 Nr. 5; Staub, § 298 Anm. 11 und R.O.H.G. Bd. 13 S. 224; a. M. Goldmann a. a. O.; dafür auch Makower, § 48 I.

[4]) Düringer-Hachenburg u. a., § 48 Anm. 1; Lehmann-Ring, § 4 Nr. 9; Makower, § 4 IV b 3; Staub, § 4 Anm. 24.

des Konkursverwalters bringt,[1]) wird auch das gesamte Leben der Aktiengesellschaft durch den Konkurszweck absorbiert.[2]) Dieser fordert zwar die Fortexistenz der Aktiengesellschaft, aber ihr Daseinszweck besteht nunmehr nur noch darin, als Gemeinschuldner zu figurieren. Mit der Entziehung der Disposition über das zur Konkursmasse gehörende Vermögen der Gesellschaft verlieren also ihre Organe und Beamten die Fähigkeit, hinfort noch nach außen handelnd für die Gesellschaft aufzutreten und eine Bestellung eines Prokuristen durch die Gesellschaftsorgane ist daher ebensowenig möglich wie überhaupt eine Vertretung der Gesellschaft durch Prokuristen.[3])

Man könnte versucht sein, dem Konkursverwalter das Recht zur Prokuraerteilung zuzusprechen, da die Verwaltung der Konkursmasse und die Verfügung darüber in seine Hand gelegt ist. Aber er ist, wie Schultze-Görlitz[4]) mit Recht betont, „nur Verwalter und Disponent des die Konkursmasse bildenden Vermögens, vertritt aber nicht die gesamte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Gemeinschuldners, noch setzt er dieselbe fort,“ und er ist überdies „ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt“.[5]) Daher ist ebensowohl eine Erteilung der Prokura durch den Konkursverwalter allein, als auch im Zusammenwirken mit den Gesellschaftsorganen unzulässig.

---

[1]) Siehe §§ 6 und 117 K.O.

[2]) Vgl. R.G. Bd. 14 S. 417.

[3]) Gegen die Prokuraerteilung im Konkursstadium auch Lehmann-Ring, § 48 Nr. 5; Schultze-Görlitz, S. 456; Schulze, S. 22 f.; von Westenholz, S. 16 f.; Staub, § 48 Anm. 4.

[4]) Schultze-Görlitz, S. 453.

[5]) R.G. Bd. 29 S. 36; vergl. auch R.G. Bd. 35 S. 81 und Bd. 58 S. 18.

II. Abschnitt.

Besonderheiten hinsichtlich der Erteilung der Prokura.

1. Kapitel. Der Träger der Prokura.

§ 6.

Als Einzel- und Gesamtprokurist.

Das H.G.B. hat zwar in § 238 die Zulässigkeit der Prokura bei Aktiengesellschaften ausgesprochen, hat es aber, von der unten noch zu behandelnden Bestimmung des § 232 Abs. 2 abgesehen, unterlassen, irgendwelche weitere Bestimmung bezüglich der Gestalt, in der die Prokura erscheinen soll, aufzustellen. Es gelten daher auch für die Erscheinungsform der Prokuren von Aktiengesellschaften die allgemein für jeden kaufmännischen Betrieb aufgestellten Normen des § 48. Sie kann demnach in der vom Gesetz als Regel vorgesehenen Einzelprokura in Erscheinung treten, sei es, daß nur ein einziger Prokurist oder auch mehrere gleichzeitig mit der Ermächtigung, jeder für sich allein die Gesellschaft zu vertreten, bestellt werden.

In der Praxis aber wird ungleich häufiger der in § 48 Abs. 2 vorgesehene Fall vorkommen, daß die Prokura an mehrere Personen zu nur gemeinschaftlicher Ausübung der in ihr liegenden Befugnisse, als Gesamt- oder Kollektivprokura, erteilt wird.

Denn durch diese Anordnung, welche wie heute allseitig anerkannt ist, nicht eine ungesetzliche objektive, sondern nur eine subjektive Beschränkung enthält,[1]) derart, daß der Vollmachtgeber nur durch die übereinstimmenden Willenserklärungen aller Kollektivprokuristen verpflichtet wird, wird eine Gefährdung der Gesellschaftsinteressen durch Leichtsinn, Unerfahrenheit oder Unredlichkeit des einzelnen vorgebeugt. Denn auch die größte Sorgfalt in der Auswahl des Prokuristen wird nicht immer einen Fehlgriff aus-

[1]) So wohl zuerst der Advokat Harzfeld in einer in der Zeitschr. f. d. Notariat in Rheinpreußen, 17. Jahrg. 1872 S. 116, inhaltsweise wiedergegebenen Berufungsschrift, nicht, wie allgemein angenommen wird (z. B. Staub, 6./7. Aufl. § 48 Anm. 9 und Schulze, S. 44), Bie, S. 14.

schließen, während diese Maßregel geeignet ist, einen trotzdem erfolgten Mißgriff zwar nicht gut zu machen, aber doch in seinen Folgen erheblich einzuschränken.

Hierin liegt also noch keine Abweichung von den sonst üblichen Erscheinungsformen. Aber als eine Kollektivprokura wird allgemein auch die von § 232 Abs. 2 H.G.B. zugelassene Vertretung der Gesellschaft durch Vorstandsmitglieder in Gemeinschaft mit Prokuristen angesehen, und dann würde diese Erscheinung trotz der gleichen rechtlichen Konstruktion als bedeutsame Besonderheit zu betrachten sein, da sie bei dem Handelsgeschäft eines Einzelkaufmannes nicht vorkommen kann. Indessen hat man sich meist mit der Feststellung begnügt, daß durch die Anordnung eines Zusammenwirkens von Vorstandsmitgliedern und Prokuristen nicht der Umfang der Prokura in bezug auf die vorzunehmenden Geschäfte und die Art der Geschäfte eingeschränkt, sondern nur die Form näher bestimmt werde, in welcher die Prokura auszuüben sei,[1]) und daraus unmittelbar ohne weitere Begründung gefolgert, daß eine derartige gemeinschaftliche Vertretung dem Begriff der Kollektivprokura unterfalle. Da sie als solche eine Abweichung von der Regel darstellen würde, somit von Interesse für uns wäre, erscheint es angezeigt, ihre rechtliche Natur einer näheren Betrachtung zu unterwerfen, soweit dies innerhalb der durch unser Thema gezogenen Grenzen möglich ist. Von einer erschöpfenden Behandlung der Frage kann daher bei der Fülle des Stoffes nicht die Rede sein, und ich werde mich darauf beschränken müssen, nur die Voraussetzungen der Hypothese einer Erörterung zu unterziehen, welche m. E. einer näheren Prüfung bedürftig erscheinen.

Trotz der prinzipiell vorhandenen Einstimmigkeit, daß die in Frage stehende Erscheinung als Kollektivprokura aufzufassen sei, läßt sich doch wieder eine Divergenz im einzelnen feststellen. Während nämlich von einer Reihe von Schriftstellern[2]) der Umfang der Vertretungsmacht auf den gesetzlichen Umfang der Prokura

---

[1]) z. B. R.G. Bd. 40 S. 17 f. und K.G.J. Bd. 2 S. 20.

[2]) Bie, S. 24; Fittig, S. 34; Makower, § 232 III a; Schulze, S. 43; Schultze-Görlitz, S. 455; Stegmann, S. 42 ff.; v. Westenholz S. 22; R.O.H.G. Bd. 8, S. 340.

basiert wird, sehen Staub[1]) und andere[2]) hierin eine Erweiterung des gesetzlichen Umfanges der Prokura, welche sich nach der Vollmacht des Vorstandsmitgliedes richtet.

1. Gegen die Annahme einer Kollektivprokura mit dem gewöhnlichen Umfange spricht schon der Umstand, daß die Anordnung einer gemeinschaftlichen Vertretung durch Vorstandsmitglieder und Prokuristen für gewisse Fälle eine unstatthafte sachliche Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitgliedes enthalten kann.

Bie[3]) sucht sich damit zu helfen, daß er solche Fälle als unzulässig ausscheidet, vergißt aber dabei, daß selbst der Regelfall, wo das Vorstandsmitglied, welches mit noch anderen Vorstandsmitgliedern zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, außerdem noch mit Prokuristen zusammen handeln kann, die Möglichkeit einer Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandsmitgliedes nicht ausschließt. Denn die Vertretungsmacht des Prokuristen findet dort ihr Ende, wo das persönliche Handeln des Prinzipals, bei der Aktiengesellschaft des Vorstandes, als deren gesetzlicher Vertreter, erforderlich wird. Nun könnte in solchem Falle das zur Vertretung mit einem Prokuristen ermächtigte Vorstandsmitglied zwar immer noch mit einem anderen Vorstandsmitgliede handeln. Aber es ist sehr wohl die Möglichkeit denkbar, daß die anderen Vorstandsmitglieder vorübergehend verhindert sind. Da verwandelt sich dann plötzlich die bisherige „subjektive Erweiterung der Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitgliedes" [4]) in eine objektive Beschränkung; denn der Zweck der Kombination besteht ja darin, einen Ersatz für ein vorübergehend verhindertes Vorstandsmitglied mit kollektiver Vertretungsmacht zu schaffen. Der Grund hierfür liegt in der Ungleichheit der Geschäftsstellung, welcher Bie[5]) keine Bedeutung glaubte zumessen zu

[1]) Staub, § 125 Anm. 16 und § 232 Anm. 17.

[2]) K.G.J. Bd. 15 S. 97; Lehmann, A.G. Bd. 2 S. 33 und Pinner, § 232 V.

[3]) Bie, S. 26.

[4]) Bie, S. 29.

[5]) Bie, S. 24; vgl. auch Zeitschr. f. d. Not. in Rheinpreußen Bd. 17 S. 120.

brauchen, obwohl er vorher erkannt hat,[1] daß inconcreto, das heißt bei jeder einzelnen gemeinsamen Handlung, zwei Kollektivprokuristen als koordiniert gelten, sofern es auf die Mitwirkung beider gleichmäßig ankommt. Dieser Satz gilt aber nicht nur für die Kollektivprokura, sondern überhaupt für jede Kollektivvertretung.

Mit dem vorstehend Gesagten erledigt sich auch die Argumentation Stegmanns,[2] daß die in Rede stehende Vertretungsart nur neben einer allen Anforderungen genügenden gesetzlichen Vertretung zu denken sei und daher der gesetzliche Vertreter ja mit einem andern solchen zusammen handeln und mit diesem dann alle Geschäfte vornehmen könne (gemeint ist damit: wenn das einzelne Geschäft nicht in den Rahmen der Prokura fällt).

Es ist auch nicht einzusehen, welchen Zweck die Anordnung eines Zusammenwirkens eines Vorstandsmitgliedes mit einem Prokuristen, der Einzelprokura hat, haben sollte. Denn solange es sich um Akte handelt, die der Einzelprokurist vermöge seiner Prokura vornehmen kann, braucht das Vorstandsmitglied den Prokuristen nicht zur Mitwirkung heranzuziehen, sondern es genügt, daß es den Prokuristen an seiner Stelle den betreffenden Akt vornehmen läßt.

2. Man entgeht den geäußerten Bedenken, wenn man mit dem Reichsoberhandelsgericht[3]) annimmt, „daß ein Vorstandsmitglied, welches dem anderen Prokuristen mitwirkend und mitzeichnend zur Seite gestellt wird, sich, indem es diesen Funktionen sich unterzieht, nur an einem Akte der Prokuraverwaltung mit den dieser gesetzlich zugewiesenen Befugnissen beteiligt, und für diesen Fall aus seiner Stellung als Vorstandsmitglied insofern heraustritt, als es in letzterer statutenmäßig für sich allein nicht, sondern nur wieder in Verbindung mit einem anderen Vorstandsmitgliede die Gesellschaft vertritt", m. a. W., daß sich in derselben Person die Vertretungsmacht des Vorstandsmitgliedes, und, davon ganz unabhängig, die des

[1]) Bie, S. 23.

[2]) Stegmann, S. 44; auf demselben Standpunkt stehen Fittig, S. 34 f. und Petersen-v. Pechmann. S. 489.

[3]) R.O.H.G. Bd. VIII S. 340.

Prokuristen vereinige. Es erscheint nicht ganz ausgeschlossen, daß vielleicht auch Bie[1]) eine derartige Kombination vorgeschwebt hat, da er auf S. 29 feststellt: „daß ein nicht für sich allein zur Vertretung befugter Gesellschafter ein Vorstandsmitglied usw., wenn es nicht mit einem zweiten Vorstandsmitgliede handelnd auftritt, füglich noch in anderer Eigenschaft für die Zwecke der Gesellschaft verwendet werden kann, unterliegt keinem rechtlichen Bedenken."[1]) Dann wäre seine eingehende Untersuchung über die rechtliche Natur dieses Zusammenwirkens aber in erster Linie auf diesen nicht näher begründeten, nur nebenbei erörterten Punkt abzustellen gewesen. Mir will es scheinen, daß in derselben Person neben der Vertretungsmacht des Vorstandes als des gesetzlichen Vertreters, d. h. des vom Gesetz erforderten ordentlichen ständigen Organs für die Vertretung der Gesellschaft, nicht außerdem noch eine selbständige zweite Vollmacht geringeren Umfangs für dieselbe Gesellschaft existent werden kann. Die erstere muß der letzteren notwendig ihre Wirkungen nehmen. Das tritt besonders klar zutage, wenn diese eine Person alleiniges Vorstandsmitglied oder doch allein zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Da die Kollektivvertretung mehrerer Vorstandsmitglieder aber nur eine subjektive Beschränkung der Vertretungsmacht jedes einzelnen bildet und an ihrer Stellung als Vorstandsmitglieder im übrigen nichts ändert, muß dasselbe auch für Vorstandsmitglieder mit kollektiver Vertretungsmacht gelten.[2])

3. Diejenige Ansicht endlich, welche umgekehrt die Vertretungsmacht des Prokuristen bis zum Umfange der Vollmacht des Vorstandsmitgliedes, mit dem er zusammen handelt, erweitert wissen will, vermeidet die oben geäußerten Einwendungen. Es ist indessen zum mindesten schon sehr zweifelhaft, ob eine Erweiterung des gesetzlichen Umfanges der Prokura, welche sich wie deren Beschränkung als eine Über-

[1]) Ähnlich v. Westenholz, S. 22 f.: Beide Vertretungsmöglichkeiten bestehen nebeneinander.

[2]) Noch deutlicher als bei der Aktiengesellschaft tritt die Erscheinung bei der offenen Handelsgesellschaft zutage; vgl. hierzu v. Völderndorff in Busch's Archiv Bd. I S. 147.

schreitung desselben erweisen und dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen würde, das im Interesse der Verkehrssicherheit eine Vollmacht mit von ihm genau bestimmtem Umfang schaffen wollte, statthaft ist.[1])

Es kann dies jedoch dahingestellt bleiben, da, wie man auch die Kollektivprokura des Vorstandsmitgliedes mit einem Prokuristen in Erscheinung treten lassen will, einem Erfordernis der Kollektivprokura nicht genügt wird: es muß nämlich bei der Kollektivprokura, wie bei jeder reinen[2]) Kollektivvertretung jeder Teil an das Mithandeln des anderen gebunden sein, es muß Reziprozität bestehen der Art, daß bei Behinderung eines gesetzlichen Vertreters das nur mit ihm kollektiv zur Vertretung berechtigte andere Vorstandsmitglied mit einem Prokuristen zusammen handeln kann und daß umgekehrt nötigenfalls für einen Kollektivprokuristen ein Vorstandsmitglied eintreten kann. Hieraus folgt, daß jedem der zu kollektiver Vertretung Berechtigten das Recht der Initiative zustehen muß, d. h. er muß von anderen dessen Mitwirkung verlangen können. Dieses Recht fehlt dem Prokuristen, es ist allein in die Hände des Vorstandsmitgliedes gelegt. Denn § 232 Abs. 2 Satz 1 sagt: „Es kann bestimmt werden, daß die Vorstandsmitglieder .... in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein sollen.“ Damit ist die Vertretung der Aktiengesellschaft durch Vorstandsmitglieder und Prokuristen zwar neben der regelmäßigen Vertretung durch den Vorstand zugelassen, aber, wie noch ganz besonders betont werden muß, nicht wahlweise, sondern nur aushilfsweise für fehlende oder vorübergehend behinderte Vorstandsmitglieder. Denn gemäß § 231 H.G.B. steht dem Vorstand die Verpflichtung der Aktiengesellschaft nach außen zu. Daher müssen, so folgert Staub[3]) mit Recht, jederzeit, solange

[1]) In diesem Sinne auch Borger, S. 52, trotzdem er dann auf S. 63 für eine Erweiterung der Prokura „in gewissem Sinne“ eintritt.

[2]) „Rein“ im Gegensatz gebraucht zur Kollektivvertretung eines Vorstandsmitgliedes mit einem stellvertretenden Vorstandsmitglied. Hier kann nur das Vorstandsmitglied das Recht der Initiative haben, da nur dieses erkennen kann, wann der Vertretungsfall gegeben ist

[3]) Staub, § 232 Anm. 17 und die dort angeführte Literatur.

Vorstandsmitglieder vorhanden sind, diese zur Vertretung ohne Mitwirkung anderer in der Lage sein. Erst wenn die Vertretung der Aktiengesellschaft durch Vorstandsmitglieder in der für zulässig erklärten Form nicht mehr möglich ist, kann das mit kollektiver Vertretungsmacht ausgestattete Vorstandsmitglied den Prokuristen zur Vertretung heranziehen.

Es ist endlich nicht ganz verständlich, wozu es erst eines so komplizierten Vorganges, wie der Ermächtigung des Aufsichtsrates durch den Gesellschaftsvertrag zur Erteilung der Befugnis — noch dazu nur — an einzelne Mitglieder des Vorstandes, die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zu vertreten, bedürfen sollte. Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere, wird man sagen dürfen. Denn der Vorstand vertritt ja bereits kraft Gesetzes die Gesellschaft und der Umfang der ihm hiernach zustehenden Vertretungsmacht ist größer als der Umfang der Prokura. Der Umstand, daß mit der Erteilung der Befugnis zur gemeinschaftlichen Vertretung an Vorstandsmitglieder und Prokuristen eine neue Zeichnungsmöglichkeit geschaffen wird, könnte deshalb m. E. keinen genügenden Anlaß bieten, zumal da für die Erteilung einer Prokura nach § 238 H.G.B. nur die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich ist und die Ermächtigung einzelner Mitglieder durch den Vorstand zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften nach § 232 Abs. 2 S. 2 überhaupt nicht der Zustimmung eines anderen Organs bedarf.

Man kann sich m. E. zur Aufrechterhaltung der hier bestrittenen Ansichten auch nicht darauf berufen, daß bei Schaffung der Vorschrift des § 232 Abs. 2 die in der Denkschrift[1]) ausgesprochene Absicht bestand, die Vertretung der Aktien-Gesellschaft durch Vorstandsmitglieder zusammen mit Prokuristen in die Form der Kollektivprokura zu kleiden, denn „mit dem Momente der Gesetzespublikation, mit deren kategorischer Erklärung: wie es im Gesetze steht, so soll es recht sein, verschwindet mit einem Schlage der ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des geistigen Urhebers des Gesetzes, ja des Gesetzgebers selbst: und

[1]) Denkschr. S. 99.

das ganze Gesetz ruht von nun an auf sich, gehalten durch die eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sinn; oft klüger oft weniger klug als sein Schöpfer, oft reicher, oft ärmer als dessen Gedanken, oft glücklicher im Ausdruck als dieser zu vermuten wagte, und hie nnd da an Stellen, wo der Autor festgefügte dem Mißverständnis spottende Satzung sah, plötzlich durch die Verkettung mit den übrigen Teilen der Norm in unheilvolles Schwanken geraten."[1])

Daß hier Absicht und Erfolg auseinanderfallen, hoffe ich dargetan zu haben.

Fassen wir das Gesagte noch einmal kurz zusammen: Aus inneren, dem Wesen der Kollektivprokura wie der Stellung des Vorstandsmitgliedes entspringenden Gründen kann m. E. das gemeinschaftliche Handeln von Vorstandsmitgliedern mit kollektiver Vertretungsmacht und Prokuristen nicht als Gesamtprokura angesehen werden,[2]) und die ziemlich allgemein in der Wissenschaft und im Handelsverkehr übliche Bezeichnung dieser kollektiven Vertretungsmacht als Prokura ist daher unrichtig. Mit dieser negativen Feststellung wäre unser Interesse für das Zusammenwirken von Vorstandsmitgliedern und Prokuristen erschöpft. Eine Erörterung darüber, als was es anzusehen ist, ob der Prokurist nicht vielleicht als stellvertretendes Vorstandsmitglied fungiert, würde an dieser Stelle zu weit führen.

§ 7.

Die rechtliche Qualifikation zum Prokuristen.

Bezüglich der Auswahl der Person, die zum Prokuristen bestellt werden soll, hat das H.G.B. keine Bestimmungen aufgestellt. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen werden wir daher feststellen müssen, wer geeignet ist, Prokurist einer Aktiengesellschaft zu werden.

I. Zuvörderst ist darauf hinzuweisen, daß einer juristischen Person Prokura nicht erteilt werden kann[3]) und ebensowenig

[1]) Binding, Handb. d. Strafr. Bd. I S. 454.

[2]) So scheinbar auch Goldmann, § 232 Ziff. 13 und Keyßner in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 14 S. 452; a. M. ist er im Kommentar. Anm. 4 zu Art. 229; Lehmann-Ring, § 232 Nr. 6.

[3]). Lehmann-Ring, § 48 Nr. 6.

einer Firma oder gar einer Kollektivfirma. Denn mit Recht bemerkt Siegmund,[1]) daß die Prokura nur solchen Personen erteilt werden kann, welche so individualisiert sind, daß irgend eine Verwicklung nicht möglich ist. Es ist zwar an sich wohl denkbar, daß jemand, der unter einer Firma ein Handelsgewerbe betreibt, in einem anderen Geschäft die Prokura führt; aber dann ist er Prokuraträger nicht in seiner Eigenschaft als Firmeninhaber, d. h. als Kaufmann, sondern lediglich als Privatmann.

II. Aber auch nicht jede physische Person kann zum Prokuristen einer Aktiengesellschaft bestellt werden. Die Gründe, welche manchen als rechtlich ungeeignet erscheinen lassen, können wir bezeichnen als

1. absolute, bei deren Vorliegen die betreffende Person überhaupt nicht Prokurist werden kann;
2. relative, die der Erteilung der Prokura nur für diese Aktiengesellschaft, im übrigen aber einer Prokura dieser Person nicht entgegenstehen.

1. Von einer Erörterung der Umstände, die jemand überhaupt als Prokuraträger unfähig erscheinen lassen, können wir hier absehen, da dies nicht mehr in die engen Grenzen dieser Arbeit gehört. Es sei nur darauf hingewiesen, daß man im geschäftlichen Leben Frauen, in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen, Handlungslehrlinge und Analphabeten,[2]) deren juristische Fähigkeit zur Prokuraführung nicht bestritten werden kann, noch weit seltener als Prokuristen von Aktiengesellschaften begegnen wird, wie bei Einzelkaufleuten. Denn da verlangt man von einem Prokuristen, daß er nicht bloß den geringen gesetzlichen Anforderungen genügt, sondern wegen der in dem Institut der Prokura ruhenden Machtfülle, daß er auch ein gewisses Maß allgemeiner Bildung und eine ganz besondere Geschäftstüchtigkeit besitzt, die meist erst nach langer, rastloser kaufmännischer Tätigkeit erworben wird. Das Vorhandensein solcher Eigenschaften gilt aber bei den oben angeführten Personen allgemein als eine nicht

[1]) Siegmund, Handb. f. schweizer. Handelsregisterführer S. 157 und 216, zit. aus Vogel, S. 56.

[2]) Vgl. hierzu Vogel, S. 54 f. und Staub, § 51 Anm. 2 („oder unterkreuzt").

allzuoft vorkommende Ausnahme, nnd da, wie wir unten noch sehen werden, der Vorstand, wenn er Prokuristen bestellt, dabei für culpa in eligendo haftet, setzt er sich leicht der Gefahr aus, für die die Gesellschaftsinteressen verletzenden Handlungen solcher Prokuristen verantwortlich gemacht zu werden.

2. Von größerem Interesse sind für uns die relativen Hinderungsgründe.

Es wurde bereits im vorigen Pharagraphen gesagt, daß ein Vorstandsmitglied nicht als Kollektivprokurist fungieren kann. Dies bedarf hier noch einer Ergänzung dahin, daß eine Einzelprokura von Vorstandsmitgliedern als unzulässig zu bezeichnen ist. Denn die Vollmacht des Vorstandsmitgliedes absorbiert die des Prokuristen. In der Erteilung von Einzelprokura an ein nur zu kollektiver Vertretung berechtigtes Vorstandsmitglied würde außerdem aber eine Verletzung der positiven Bestimmung des § 232 Abs. 2 H.G.B. liegen, daß der Vorstand einzelne Mitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen könne. Durch diese Anordnung ist, wie jede generelle Ermächtigung, auch die Prokura ausgeschlossen,[1]) da sie die subjektive Beschränkuug des Vorstandsmitgliedes illusorisch machen würde.

Ebensowenig wird man die Bestellung eines Aufsichtsratsmitgliedes zum Prokuristen für statthaft halten dürfen. § 248 Abs. 1 H.G.B. verbietet nämlich, daß die Mitglieder des Aufsichtsrates zugleich Mitglieder des Vorstandes oder dauernd Stellvertreter derselben seien, sowie als Beamte die Geschäfte der Gesellschaft führen. Damit ist das Verbot einer Vereinigung von Aufsichtsamt und Geschäftsführung ausgesprochen, um zu verhüten, daß der Aufsichtsrat seine eigene Verwaltung überwache. Der Prokurist steht nun unter den geschäftsführenden Beamten mit an erster Stelle, so daß wir also zu dem oben vorweg genommenen Schluß kommen: Ein Aufsichtsratsmitglied kann zum Prokuristen nicht bestellt werden.[2])

---

[1]) Vgl. Lehmann-Ring, § 232 Nr. 4; Puchelt-Förtsch, Art. 229 Anm. 4; R.G. Bd. XII S. 34.

[2]) Ebenso Behrend, S. 859; Stegmann, S. 24.

Die in § 248 Abs. 2 H.G.B. zugelassene Ausnahme, daß Aufsichtsratsmitglieder unter Suspension der aus ihrer Stellung fließenden Rechte für einen im voraus begrenzten Zeitraum als Vertreter von Vorstandsmitgliedern fungieren dürfen, wird man nicht dahin auslegen dürfen, daß Mitglieder des Aufsichtsrats vorübergehend auch als Stellvertreter von geschäftführenden Beamten, insbesondere Prokuristen bestellt werden können.[1]) Denn einerseits spricht hiergegen der Wortlaut des Gesetzes, und andererseits kann die zeitweise Unterordnung des Aufsichtsrates unter den Willen des Vorstandes leicht zu einer Gefährdung der Gesellschaftsinteressen führen. Zudem ist auch das Bedürfnis nach einem Vertreter eines Beamten, wenn er auch die Geschäfte der Gesellschaft führt, bei weitem nicht so lebhaft wie das nach dem Vertreter eines Gesellschaftorgans.

Da Vertretung und daher auch Vollmacht dort nicht vorhanden sein können, wo die Person des Vertreters mit der des Vertretenen identisch ist, der Prokurist also immer eine vom Prinzipal verschiedene Person sein muß,[2]) so könnte vielleicht die Frage aufgeworfen werden, ob ein Aktionär zum Prokuristen der Aktiengesellschaft ernannt werden kann, an der er beteiligt ist. Das ist natürlich unbedenklich statthaft.[3]) Denn alle Glieder der Verbandsperson „Aktiengesellschaft" sind „nicht Subjekte der Rechtssphäre des Verbandsganzen, sondern Subjekte davon unterschiedener Rechtssphären" und „eine Verbindung zwischen der Verbandsperson und den verbundenen Personen ist nur in der Form individualrechtlicher Beziehungen möglich".[4]) Dann erscheint er also nicht etwa als einer von den Geschäftsinhabern, sondern als Dritter und die Aktiengesellschaft als solche, in ihrer Eigenschaft als juristische Person, ermächtigt ihn und wird von ihm als Prokuristen vertreten.

---

[1]) Ebenso Staub, § 248 Anm. 4.

[2]) R.G. Bd. 31 S. 38; Staub, § 48 Anm. 3.

[3]) Ohne nähere Begründung wird dies bejaht von Lehmann-Ring, § 48 Nr. 6 und von v. Westenholz, S. 28.

[4]) Gierke, S. 174, 180; vergl. auch R.O.H.G. Bd. VI S. 140 ff. und Bd. XIV, S. 89 ff.; sowie R.G. Bd. IV S. 72 f., Bd. XXII S. 22 und Bd. XXIV S. 59.

2. Kapitel. Die zur Prokuraerteilung berufenen Organe.

§ 8.

Skizzierung der Möglichkeiten.

Da durch die Erteilung der Prokura ihr Träger eine außerordentlich weit reichende Vollmacht erlangt, vermöge deren er aus Leichtsinn oder mit Vorbedacht der Gesellschaft ungeheuren Schaden zufügen und ihren Ruin herbeiführen kann, hat man in früherer Zeit nur durch das Gesellschaftsstatut oder durch die Generalversammlung über Ermächtigung seitens des Statuts eine Erteilung der Prokura für zulässig erachtet.[1]) Auch heute noch wird man in erster Linie darüber den Willen der Gesellschaft, welcher im Statut oder einem dieses ergänzenden Generalversammlungsbeschluß niedergelegt ist, entscheiden lassen. Denn bei der Bestellung eines Prokuristen handelt es sich um einen Akt, der zunächst die Gesellschaft ganz allein interessiert und da das Gesetz der Regelung ihrer Angelegenheiten durch autonome Satzungen nur da Schranken zieht, wo dies die Rücksichtnahme auf die Allgemeinheit erheischt, so wird niemand dagegen Einwendungen erheben. Aber es wird nicht angängig sein, mit Thöl[2]) nur eine Ernennung durch das Statut oder höchstens, wenn das Statut die Möglichkeit einer Prokura erwähnt, durch die Generalversammlung gelten zu lassen, dagegen eine Bestellung durch den Aufsichtsrat oder den Vorstand, auch wenn diese durch das Statut ermächtigt sind, a limine als unzulässig verwerfen zu wollen. Darin würde ein ungerechtfertigter Eingriff in die Selbstverwaltungsbefugnisse der Gesellschaft liegen.

Und wenn das Statut schweigt? Dann sollte — im Sinne Thöls — die Gesellschaft überhaupt nicht befugt sein, sich Prokuristen zu bestellen? Wir haben bereits oben gesehen, daß nicht der geringste Grund dafür vorliegt, der Aktiengesellschaft dieses heute in jedem größeren kaufmännischen Betriebe unentbehrlich gewordenen Institut vorzuenthalten.

Es fragt sich nur, welches Organ dann dazu als berufen zu gelten hat, die Prokuristen zu bestellen. Die Frage ist nicht schwer zu beantworten. Es ist dasjenige Organ, dem die Repräsentation der Gesellschaft obliegt: Der Vorstand. In diesem Sinne hat

[1]) Thöl, S. 546. [2]) Thöl, S. 516.

auch das Gesetz entschieden (§ 238 H.G.B.).[1]) Mit Rücksicht auf die Gefahren, die eine Prokura in sich birgt, ist aber der Vorstand bei der Erteilung einer Prokura an die vorherige Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden, um dadurch die Gesellschaft gegen eine unzweckmäßige Bestellung von Prokuristen zu sichern und ihr eine größere Gewähr für die Auswahl geeigneter und tüchtiger Persönlichkeiten zu geben.[2]) Immer bleibt zu beachten, daß diese Bestimmung nur dispositiver Natur ist und nur Platz greift, sofern die Gesellschaft nicht selbst ein anderes bestimmt. Denn diese Vorschrift bezweckt die Wahrung der Gesellschaftsinteressen und verliert daher ihre Bedeutung dort, wo die Gesellschaft selbst sie durch autonome Satzung wahrnimmt.

Nach dem vorstehend Gesagten sind vielfache Variationen in der Regelung der Zuständigkeit der einzelnen Organe hinsichtlich der Prokuraerteilung möglich, wie eine zusammenfassende Gegenüberstellung der Hauptmöglichkeiten leicht erkennen läßt:

1. Wäre als ganz spezieller, wohl nur selten in der Praxis vorkommender Fall zu erwähnen: das Statut ernennt selbst einen Prokuristen.[3])
2. Das Statut überträgt der Generalversammlung die Befugnis zur Prokuraerteilung und entzieht dieselbe ganz und gar dem Vorstande.
3. Der Vorstand ist zur Prokuraerteilung ermächtigt, jedoch an die Zustimmung der Generalversammlung gebunden.
4. Der Vorstand darf ohne jede Mitwirkung eines anderen Organs Prokura erteilen.
5. Mangels anderweiter Regelung greift die gesetzliche Bestimmung Platz, d. h. der Vorstand ernennt Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats.

---

[1]) Setzt sich der Vorstand aus mehreren Personen zusammen, so erfolgt die Erteilung der Prokura durch diejenige Zahl von Mitgliedern, welche der Gesellschaftsvertrag für die Vertretung der Gesellschaft vorgesehen oder der Vorstand zur Vornahme dieses Rechtsgeschäftes ermächtigt hat; mangels einer solchen Bestimmung aber bedarf es gemäß § 232 Abs. 1 H.G.B. der Mitwirkung sämtlicher Vorstandsmitglieder, anderenfalls ist die Ermächtigung ungültig.

[2]) Begründung des Entwurfs der Nov. v. 1884, S. 351.

[3]) Thöl, S. 516.

Das wären aber wie gesagt nur die wichtigsten Möglichkeiten. Zahlreiche Abweichungen können sich noch dadurch ergeben, daß die Bestellung von Einzelprokuristen dem einen Organ, die Erteilung von Kollektivprokura dem anderen, in beiden Fällen womöglich wieder noch unter Mitwirkung eines anderen Organs übertragen ist. Auch könnte das Statut noch Bestimmungen enthalten, welche Fähigkeiten der Träger der Prokura besitzen, welche Vorbildung er genossen haben, wie lange er im Dienste der Gesellschaft gestanden haben muß und dergl. mehr. Je nachdem diese Voraussetzungen vorliegen, könnte dem einen Organ, etwa dem Vorstand, die Erteilung der Prokura übertragen sein, wogegen bei ihrem Nichtvorhandensein ein anderes Organ darüber zu befinden hat, ob trotz des Fehlens der geforderten Voraussetzungen die Erteilung der Prokura in diesem Falle stattfinden soll. Es wäre sogar möglich, daß die Statuten die Erteilung der Prokura überhaupt verbieten. Welche Wirkung einem solchen Verbot zukommt, wird sich aus den Ausführungen im § 8 von selbst ergeben. Wir sehen also, es sind außerordentlich viele Abweichungen von dem im Gesetz vorgesehenen Fall möglich.

Eine weitere nicht nebensächliche Möglichkeit, die Prokuraerteilung durch den Aufsichtsrat, ist bisher noch unerwähnt gelassen, da eine gesonderte Behandlung derselben angezeigt erscheint. Dem Aufsichtsrat, dem, wie schon erwähnt, die Überwachung der Verwaltung und Geschäftsführung zusteht, kann nämlich neben den ihm bereits durch das Gesetz übertragenen Geschäftsführungsakten gemäß § 246 Abs. 3 H.G.B. noch weitere Obliegenheiten durch den Gesellschaftsvertrag übertragen werden. Es ist allerdings bestritten, ob der Aufsichtsrat statutarisch auch zur Vertretung der Aktiengesellschaft nach außen ermächtigt werden kann; die herrschende Ansicht ist jedenfalls dagegen.[1] Kann der Aufsichtsrat nach dieser Ansicht zwar nicht selbst die Ermächtigung erteilen, die Anmeldung zum Handelsregister bewirken, so ist es doch andererseits allgemein anerkannt,[2] daß es

[1]) Goldmann, § 246 Ziff. 13; Makower, § 246 III b in Verbind. mit § 235 II; Pinner, § 246 II 4; Staub, § 246 Einl.; R.G. in d. J.W. Jahrg. 97, S. 349; a. M. Lehmann-Ring, § 246 Nr. 4.

[2]) So auch Lehmann-Ring a. a. O.

möglich ist, hinsichtlich einzelner bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften den Vorstand zum nur ausführenden Organ der vom Aufsichtsrat gefaßten Beschlüsse herabzudrücken. In diesem Sinne wird man daher auch von einer Prokuraerteilung durch den Aufsichtsrat sprechen dürfen.[1])

Das ist aber keineswegs dasselbe, wie wenn der Aufsichtsrat gemäß § 238 H.G.B. nur seine Zustimmung zur Erteilung der Prokura geben soll. Denn wenn der Vorstand nur die Zustimmung des Aufsichtsrates zur Bestellung eines Prokuristen einzuholen hat, so hat der Vorstand schon vorher selbständig zu prüfen, ob sich der in Aussicht Genommene auch wirklich zum Prokuristen eignet. Bei der Erteilung der Prokura durch den Aufsichtsrat dagegen liegen ihm höchstens die vorbereitenden Arbeiten, daß Einholen von Auskünften und dergleichen ob, die Prüfung des Materials und die Wahl des Prokuristen erfolgt allein durch Beschluß des Aufsichtsrates und der Vorstand führt diesen Beschluß dann nur aus. Die Wichtigkeit dieses Unterschiedes wird im folgenden Paragraphen[2]) noch schärfer hervortreten.

§ 9.

Gültigkeit der Prokura, Haftung der Gesellschaft bezw. des Vorstandes bei Prokuraerteilung durch den nicht hierzu berufenen Vorstand.

Überall, wo es sich um die Verletzung einer Rechtspflicht handelt, sei sie gesetzlichen, autonomen oder nur vertraglichen Ursprungs, konzentrieren sich die Rechtsfolgen in der Haftung für diese Übertretung. Wir werden daher auch unsere Untersuchung in letzter Linie auf dieses Moment abzustellen haben und zwar:

1. auf die Haftung der Gesellschaft für Handlungen eines ordnungswidrig bestellten Prokuristen Dritten gegenüber und
2. auf die Haftung des Vorstandes gegenüber der Gesellschaft für das Überschreiten der ihm hinsichtlich der Erteilung der Prokura eingeräumten Befugnisse.

---

[1]) So auch Makower, § 238 II a und scheinbar Esser, § 238 Anm 2.

[2]) S. unten S. 32.

Von einer solchen Haftung kann aber nur dann die Rede sein, wenn die von dem resp. von den Prokuristen abgegebenen Willenserklärungen für die Aktiengesellschaft wirksam sind, das soll heißen: Wenn die Erteilung der Prokura trotz des ihr anhaftenden Mangels rechtsgültig ist. Wir werden daher prüfen müssen, ob diese Voraussetzung gegeben ist.

I. Gemäß § 231 Abs. 1 H.G.B. wird die Aktiengesellschaft durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Vorstand hat somit die Stellung eines gesetzlichen Vertreters und ist zur Vornahme aller Arten von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen in umfassendster Weise ermächtigt. Hieraus folgt, daß seine Handlungen nach außen jederzeit wirksam sind. Ob er durch autonome Bestimmungen in seiner Vertretungsmacht beschränkt wird, ob ihm insbesondere die Befugnis zur Erteilung von Prokura beschränkt oder ganz entzogen ist, hebt gemäß § 235 Abs. 2 diese Wirkung nicht auf. Ebenso steht es aber auch mit der subsidiären gesetzlichen Beschränkung des § 238 Satz 1 H.G.B. wie Satz 2 desselben Paragraphen ausdrücklich erklärt. Daher ist die vom Vorstand gemäß § 48 H.G.B. erteilte Prokura immer rechtsgültig und Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstandes hinsichtlich der Bestellung von Prokuristen sind auf die Rechtshandlungen ohne Einfluß, welche von einem unter Übertretung der dem Vorstand gezogenen Grenzen bestellten Prokuristen vorgenommen werden.[1]) Hiernach dürfte es richtiger sein, die von Makower[2]) geprägten Begriffe „Bestellungsermächtigter" und „Bestellungsbefugter" nur insoweit zu verwenden, als man damit das Verhältnis der vom Vorstand abzugebenden Ermächtigungserklärung zu seiner gesetzlichen Vertretungsmacht oder zu deren Beschränkungen zum Ausdruck bringen will. Mehr kann man m. E. in diese Begriffe nicht hineinlegen. „Im Verhältnis zu Dritten" und „im Verhältnis zur Gesellschaft" zeigen sich bereits die Wirkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht bezw. diejenigen ihrer auf der Privatautonomie der Aktiengesellschaft oder der Bestimmung des § 238 S. 1 H.G.B. beruhenden Beschränkungen.

[1]) Ebenso Merzbacher, § 238 Anm. 7.

[2]) Makower, § 238 II H.G.B.

Derartige Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstandes können also Wirkungen nur nach innen äußern; das muß sogar dann gelten, wenn diese Beschränkungen unzulässigerweise in das Handelsregister eingetragen sind, „da die Akte des Registerrichters das gesetzliche Recht nicht zu ändern vermögen".[1]) Wollte man ihnen stärkere Wirkung — nach außen — beilegen, so würde man dadurch die Stellung des Vorstandes erheblich gefährden und die Verkehrssicherheit empfindlich beeinträchtigen.

II. 1. Mit der Erledigung dieser Vorfrage ist auch über die Haftung der Aktiengesellschaft in bejahendem Sinne entschieden. Die Handlungen des rechtsgültig bestellten Prokuristen sind ohne Rücksicht auf etwaige Beschränkungen der Vertretungsmacht des ihn ernennenden Vorstandes für und gegen die Gesellschaft bindend, sofern sie nur innerhalb der durch § 49 gezogenen Schranken liegen.

Und selbst wenn der Dritte, der mit einem solchen Prokuristen kontrahiert hat, die gedachte Beschränkung gekannt haben sollte oder hätte kennen müssen (z. B. bei unzulässiger Eintragung in das Handelsregister) und auch um deren Überschreitung gewußt haben sollte, kann ihm dennoch deswegen kein Einwand entgegengesetzt werden, um die Gesellschaft von ihren etwaigen Verpflichtungen zu entbinden. Denn er hat eben annehmen können, daß derselbe nach dem Gesetz ihm gegenüber ungültig ist. Nur dann, wenn ein dolus nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, nicht ein aus dem Kennen der Beschränkung allein entnommener dolus vorliegt, ist nach allgemein herrschender Ansicht[2]) eine Ausnahme zu machen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Vorstand unter Außerachtlassung der Beschränkungen seiner Vertretungsbefugnis den Prokuristen in der Absicht bestellt hat, um der Gesellschaft Schaden zuzufügen und der Dritte hierbei mit dem Vorstand zum Nachteil der Gesellschaft kolludiert.

Des näheren auf die Ersatzpflicht der Aktiengesellschaft einzugehen, erübrigt sich, da sie sich nach den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. über Schadenersatz regelt.

---

[1]) Thöl, 6. Aufl. I. S. 221.

[2]) A. M. wohl nur Renaud, S. 540.

[3]) Vergl. R.G. IX S. 148 f. und die dort zitierten Entscheidungen.

2. Etwas komplizierter ist die Regelung der Haftung des Vorstandes gegenüber der Aktiengesellschaft.

a. Hat der Vorstand bei der Prokura-Erteilung innerhalb des Rahmens der ihm durch autonome Satzung oder § 238 H.G.B. zugewiesenen Befugnisse gehandelt, so beschränkt sich seine Haftung gemäß § 241 H.G.B. darauf, daß er „die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" verletzt hat, d. h. er hat nur culpa in eligendo und culpa in custodiendo zu vertreten. Hat er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewandt, so kann er nicht wegen eines Versehens des Prokuristen in Anspruch genommen werden. Denn dieser ist, wie oben[1]) schon erwähnt nicht Vertreter des Vorstandes, sondern Vertreter der Aktiengesellschaft und die aus seinen Handlungen erwachsenen Schäden treffen daher nur diese,[2]) nicht aber haftet der Vorstand schlechthin für jedes Versehen des Prokuristen,[3]) oder gar gegenüber dem Dritten, der mit dem Prokuristen kontrahiert hat.[4])

b. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Vorstand die ihm gezogenen Schranken nicht einhält.

Jedes Vorstandsmitglied erhält seine Verpflichtungsmacht nicht unmittelbar aus dem Gesetz oder durch eine Handlung der Staatsgewalt, sondern aus privater in der Wahl zum Vorstandsmitglied liegender Übertragung der Vertretungsmacht.[5]) Wird mit der Annahme der Wahl der Anstellungsvertrag perfekt, so unterwirft sich damit der Gewählte auch dem Willen der Gesellschaft, sei es nun, daß dieser bereits im Statut niedergelegt ist, oder daß er erst in einem Beschluß der Generalversammlung zum Ausdruck kommt. Handelt er ihm zuwider, so verletzt er vorsätzlich seine Pflichten, und er haftet somit auch für alle schädigenden Folgen, die sich daraus ergeben, gleichgültig ob er sie vorausgesehen hat oder nicht.[6]) Es bedürfte daher gar nicht erst der ausdrücklichen Bestimmung des § 235 Abs. 1 H.G.B.:

„Der Vorstand ist der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, welche im Gesellschafts-

---

[1]) S. oben S. 4. [2]) Staub, § 238 Anm. 12.
[3]) Staub a. a. O. [4]) So auch Makower, § 238 Ib.
[5]) Vgl. Makower, § 125 Ic.
[6]) Staub, § 238 Anm. 13 und die dort angegebene Literatur.

vertrage oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind"

und der des § 241 Abs. 2:

„Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden,"

um den Vorstand zum Ersatz des Schadens heranziehen zu können, der durch die unter Überschreitung der ihm im Gesellschaftsvertrage oder einem Generalversammlungsbeschluß gezogenen Grenzen erfolgte Erteilung einer Prokura der Gesellschaft entstanden ist.

Die gleiche Wirkung hat es natürlich auch, wenn der Vorstand, der beim Fehlen einer autonomen Regelung Platz greifenden Bestimmungen des § 238:

„Der Vorstand darf einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsrats bestellen"

zuwiderhandelt.

c) Ist der Aufsichtsrat durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluß der Generalversammlung allein mit der Bestellung von Prokuristen betraut,[1]) so haftet der Vorstand nur für die gehörige Ausführung, nicht aber für den Inhalt des Beschlusses. Dem steht § 249 Abs. 2, welcher die gesamtschuldnerische Haftung beider Organe ausspricht, nicht entgegen. Denn der Aufsichtsrat muß natürlich dann allein haften, „wenn eine Haftbarkeit der Vorstandsmitglieder nicht vorliegt, sei es, daß der Aufsichtsrat allein tätig gewesen ist oder daß den Aufsichtsrat allein, nicht auch den Vorstand eine Schuld trifft".[2]) War, was allerdings die Regel ist, der Vorstand vom Aufsichtsrat mit der Vorbereitung des Aufsichtsratsbeschlusses durch Einholung von Auskünften über den zu Bevollmächtigenden und dergl. betraut, so kann sich hieraus auch eine Haftung des Vorstandes ergeben.

Die Berufung auf einen Beschluß des Aufsichtsrates befreit den Vorstand aber nur dann, wenn er verpflichtet war, dessen Weisungen Folge zu leisten.[3]) Beide Organe haften auch für

[1]) S. oben S. 27. [2]) Staub, § 249 Anm. 2.

[3]) Staub, § 241 Anm. 5; vgl. auch R.G. in J.W. 1900 S. 186[15].

den Inhalt und die Ausführung (der Aufsichtsrat allerdings aus seinem Aufsichtsamt), wenn der Vorstand bei der Erteilung der Prokura an die Zustimmung des Aufsichtsrates gebunden ist.

Verlangt der Aufsichtsrat vom Vorstande die Erteilung der Prokura an eine untaugliche Person, durch die die Gesellschaft offenbar zu Schaden kommen würde, so darf der Vorstand dem Ansinnen nicht stattgeben, wenn auch die Erteilung der Prokura in die Hände des Aufsichtsrats gelegt, der Vorstand also nur ausführendes Organ des Willens des Aufsichtsrates ist. Da es das Interesse der Gesellschaft erfordert, so hat er gemäß § 253 Abs. 2 H.G.B. die Generalversammlung zu berufen und einen entsprechenden Beschluß derselben herbeizuführen. Unterläßt er deren Berufung, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Beschließt dagegen auch die Generalversammlung die Erteilung der vom Vorstand beanstandeten Prokura, so kann er, obwohl die Generalversammlung ebenso wie der Vorstand nur Organ der Gesellschaft ist, die beiden gleichlautenden Beschlüsse unbedenklich ausführen. Denn „in der Generalversammlung verkörpert sich der Wille der Gesellschaft“[1]) und „es wäre daher dolus von seiten der Gesellschaft, wenn sie den Vorstand für die Ausführung ihres Beschlusses schadensersatzpflichtig machen würde“.[2])

3. Kapitel.

Besonderheiten hinsichtlich der Formalien des Bestellungsaktes.

§ 10.

Anmeldung zur Registereintragung und Beanstandungsrecht des Registergerichts.

I. „Die Erteilung der Prokura ist von dem Inhaber des Handelsgeschäfts zur Eintragung in das Handesregister anzumelden“, bestimmt § 53 Abs. 1, S. 1 H.G.B. Für eine Aktiengesellschaft erteilte Prokuren sind daher von dem Vorstand, ihrem Repräsentationsorgan, zur Eintragung anzumelden, und zwar hat dies ebenso wie die Erteilung der Prokura durch die zur Vertretung der Gesellschaft befugte Zahl von Mitgliedern zu geschehen.

[1]) R.O.H.G. Bd. XI S. 125. [2]) Staub, § 241 Anm. 4.

II. Sehr bestritten ist es nun, ob das Registergericht das Recht und die Pflicht hat, bei Anmeldung einer vom Vorstand allein erteilten Prokura dessen statutarische Ermächtigung zur Prokuraerteilung zu prüfen und die Eintragung bei Feststellung einer Pflichtverletzung des Vorstandes abzulehnen.[1])

In der Literatur finden sich meist nur ganz kurze abgerissene Notizen über die Kontroverse, und auch der Beschluß des Kammergerichts, welcher das Vorhandensein dieser Pflichten bezw. Befugnisse für den Fall des Eingreifens der in § 238 H.G.B. statuierten Bestimmung eingehender begründet hat, unterscheidet nicht zwischen Prüfung und Beanstandung auf der einen Seite und Pflicht bezw. Recht hierzu auf der anderen Seite. Das ist aber notwendig, da das Gericht sowohl ein Prüfungsrecht haben könnte, ohne daß es zur Prüfung verpflichtet zu sein brauchte, und da es andererseits ein Recht oder eine Pflicht zur Beanstandung haben könnte, ohne daß ein Prüfungsrecht oder gar eine Prüfungspflicht bestünde.

a) 1. Eine Verpflichtung zur Prüfung der Berechtigung des Vorstandes, ohne Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrates oder der Generalversammlung Prokura zu urteilen, könnte höchstens in dem einen Falle vorhanden sein, daß der Registereintragung konstitutive Wirkung zukäme. Die Registereintragung bekundet aber — wie fast alle Eintragungen in das Handelsregister — nur das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses, sie hat

---

[1]) Für das Prüfungs- bezw. Beanstandungsrecht sprechen sich aus: Gareis, § 238 Anm. 3; Goldmann, § 238 Anm. 19; Kayser, Art. 234 Anm. 4; Puchelt-Förtsch, Art. 234 Anm. 4; v. Völderndorff, S. 649; K.G.J. Bd. XXII S. 111 ff.; dagegen die herrschende Meinung: Bieberfeld in der Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, Jhrg. XI S. 211 f.; Esser, § 238 Anm. 1 Abs. 2; Keyßner in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 53 S. 216; Lehmann-Ring, § 238 Nr. 3; Lehmann, A.G. II S. 333; Littauer-Mosse, § 238 Anm. (anscheinend); Makower, § 238 II b; Merzbacher, § 238 Anm. 6; Petersen-v. Pechmann, S. 507 f.; Pinner, § 238 I 6; Ring, S. 525; Schultze-Görlitz, S. 458 und in D. Not.-V.-Z. IV S. 152; Staub, § 238 Anm. 8; Willenbücher, Art. 234, 3; Beschl. des Landger. Breslau in Holdheims Wochenschrift, Jhrg. 3 S. 325.

nur deklaratorische Wirkung, wie denn auch das Kammergericht[1]) zugibt, daß vom Gesetz die Gültigkeit der Prokura von der Eintragung nicht abhängig gemacht ist. Daher genügt es vollauf, daß die die Anmeldung unterstützenden Tatsachen die beantragte Eintragung decken.[2])

2. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß das Gericht kein Recht hat, die Vertretungsbefugnis des Vorstandes hinsichtlich der Prokuraerteilung einer Prüfung zu unterziehen. Mit Rücksicht auf die Publizität des Handelsregisters muß das Gericht jederzeit das Recht haben, die materiellrechtlichen Voraussetzungen einer angemeldeten Tatsache zu prüfen und beim Fehlen einer derselben die Eintragung zu verweigern. Dieses Recht wird geradezu zu einer Pflicht, wenn dem Gericht Bedenken an der Wahrheit der angemeldeten Tatsache aufsteigen. Aber zu diesen Voraussetzungen gehört nicht die Einholung der Zustimmung des Aufsichtsrates oder der Generalversammlung, wie anscheinend das Kammergericht meint, wenn es sagt: Der Vorstand sei dem Registergericht gegenüber mangels einer abweichenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrages oder der Generalversammlung als zur Erteilung der Prokura ermächtigt nur dann anzusehen, wenn er die Zustimmung des Aufsichtsrates erlangt habe. Daß ihm diese Ermächtigung zustehe, habe er dem Registergerichte nachzuweisen.[3])

Alleinige Quelle der Befugnis des Vorstandes, ohne Zuziehung anderer Organe Prokura zu erteilen, ist und bleibt allein seine generelle gesetzliche Ermächtigung aus § 231 H.G.B., deren Inhalt von seiner Eigenschaft als Repräsentationsorgan weder ganz noch teilweise lösbar und seiner Substanz nach unveränderlich ist. Nicht ist es etwa die statutarische Bestimmung, daß er nicht an die Zustimmung eines anderen Organs gebunden sein solle, oder eine ähnlich lautende Vorschrift, ebensowenig wie die Zustimmung eines anderen Organs eine weitere Voraussetzung ist neben dem Vorhandensein der gesetzlichen Vertretungsmacht.

Man darf hier nicht etwa eine Parallele ziehen zu dem Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den

---

[1]) a. a. O. S. 112. [2]) Schultze-Görlitz, S. 6.

[3]) a. a. O. S. 114 f.

Rechtsgeschäften des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten. Denn da handelt es sich um die Korrektheit der Willenserklärung, hier dagegen um die Korrektheit der Willensbildung. Schließt der Schutzbefohlene ein Rechtsgeschäft ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters ab, so begründet es nur einen gewissen Schwebezustand, wirksam aber wird es erst mit der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters und ihr Vorhandensein wird daher das Gericht gegebenenfalls prüfen müssen. Die Erteilung der Prokura dagegen ist nach dem Gesetz auch trotz des Fehlens der Zustimmung des Aufsichtsrates oder der Generalversammlung gültig, auch der Gesellschaft gegenüber. Die Gesellschaft ist daher, wie wir schon gesehen haben,[1] dem Dritten aus einem Geschäft, das er mit dem ohne Zustimmung des Aufsichtsrates bestellten Prokuristen geschlossen hat, verpflichtet und sie kann andererseits nicht etwa den Prokuristen nachträglich deswegen in Anspruch nehmen, weil er den Mangel der Befugnis zu selbständiger Prokuraerteilung auf Seiten des Vorstandes gekannt habe.

Das Kammergericht ist jedoch der Ansicht, daß die unbeschränkte und unbeschränkbare Befugnis des Vorstandes nur Dritten gegenüber wirke, die mit der Gesellschaft in rechtsgeschäftliche Beziehung treten. Bei der Anmeldung zum Handelsregister stehe aber eine rechtsgeschäftliche Beziehung zu Dritten nicht in Frage. Für das Verhältnis des Vorstandes zum Registergericht habe die Beschränkung des § 238 S. 1 volle Kraft.[2]

Daß der Vorstand bei der Anmeldung der Prokura nicht in eine rechtsgeschäftliche Beziehung zu dem Registergericht tritt, soll nicht bestritten werden. Jakobi allerdings scheint anderer Ansicht zu sein. Ausgehend von dem Satze, daß die Willenserklärung wirke, weil der Erklärende die Vorstellung des Anerklärten hat hervorrufen wollen, daß er den Rechtserfolg wolle und weil er ihm zum Glauben an sein Wort wissentlich veranlaßt hat,[3] kommt er nämlich zu dem Schluß, daß alle Willenserklärungen, die wirken, weil der Wille kund gegeben ist (oder

---

[1] § 9. [2] a. a. O. S. 114.

[3] Jakobi in Fischers Abhandlungen, Bd. XX Heft 2 S. 24.

zu sein scheint), damit der Gegner Kenntnis erhalte und sich darauf verlassen könne, empfangsbedürftig sind, selbst dann, wenn sie nicht an eine bestimmte Person gerichtet sind. Und demgemäß räumt er dann in den Fällen, in denen die Behörde zur Entgegennahme einer Willenserklärung bestimmt ist, dieser eine Art Vertreterstellung ein, sieht er in ihr nur eine „Stelle", bei der der Erklärende seine Erklärung abgeben kann oder muß, damit sie dadurch dem Beteiligten, der sie ja hier jederzeit erfahren kann, zugehe. M. E. zu Unrecht. Denn die Verpflichtungen, die dem Registergericht gegenüber zu erfüllen sind, sind öffentlichrechtlicher Natur, wie sich denn auch das Strafverfahren als ein selbständiges Verwaltungsverfahren charakterisiert. Jedoch ist eine derartige Beschränkung auf rechtsgeschäftliche Akte aus § 238 nicht zu entnehmen. Die Befugnis des Vorstandes muß daher gegenüber jedem wirken, der überhaupt zu ihm in Beziehung tritt. Wenn aber das Gesetz sagt: Die Beschränkung der Vertretungsmacht hat „Dritten gegenüber" keine Wirkung, so berechtigt noch nichts, die Behörde nicht als Dritten anzusehen. Die Vorschrift will und kann doch nur sagen: im Verhältnis zwischen Vorstand und der Gesellschaft erzeugt die Übertretung der Beschränkungen der Vertretungsmacht die üblichen Rechtsfolgen, jedem anderen gegenüber sind die Beschränkungen wirkungslos. Die Behörde ist aber natürlich weder Vorstand noch die Gesellschaft selbst, also auch „Dritter" im Sinne des Gesetzes.

b) Nun kann es aber geschehen, daß das Gericht unter Überschreitung seiner Befugnisse oder auch schon vorher auf andere Weise amtlich davon Kenntnis erlangt hat, daß sich der Vorstand bei der Erteilung der angemeldeten Prokura über die seiner Vertretungsmacht gezogenen Schranken hinweggesetzt hat.

1. Das Kammergericht glaubt in solchem Falle schon aus einem mehr wirtschaftlichen als rechtlichen Grunde dem Registergericht das Recht und die Pflicht zur Verweigerung der Eintragung zusprechen zu müssen. Es bestreitet, daß durch die Eintragung der Dritten gegenüber wirksamen Prokura die Gesellschaft nicht weiter benachteiligt werde.[2]) Daraus muß man

[1]) Jakobi, a. a. O. S. 29. [2]) a. a. O. S. 115.

schließen, daß die Verweigerung der Eintragung der Aktiengesellschaft zum Vorteil, oder doch wenigstens zu größerem Vorteil als die Vornahme der Eintragung, gereichen müßte. Es wird aber weit häufiger vorkommen, daß der Aktiengesellschaft infolge der Nichteintragung der Prokura ein vorteilhaftes Geschäft entgeht, als daß sie vor den Nachteilen eines schädlichen Geschäftes geschützt wird. Denn wer der Überzeugung ist, daß er durch den Abschluß des Geschäfts mit einer Person, die sich ihm als Prokurist einer Aktiengesellschaft präsentiert, aber ins Handelsregister nicht eingetragen ist, einen anderweit nicht erreichbaren Gewinn erzielen könnte, der wird sich, falls ihm der Mangel der Eintragung zu Bedenken Veranlassung gibt, in jeder Weise von der Wirksamkeit der angeblichen Vertretungsmacht seines Kontrahenten Gewißheit verschaffen und dann wohl kaum jemals allein durch den Umstand der Nichteintragung von dem Geschäftsschluß abhalten lassen. Dagegen wird der, der auch dem Vertragsgegner noch einen Nutzen an dem Geschäft lassen will, keinen besonderen Wert darauf legen, gerade mit dieser Gesellschaft zu kontrahieren, sofern er an der Nichteintragung der Prokura Anstoß nimmt. Da er unschwer eine andere Gelegenheit zum Kontrahieren finden wird, wird er vorziehen, diese zu benutzen, statt zeitraubende Erkundigungen einzuholen, deren Einziehung noch dazu vielleicht umständlich ist und keinen sicheren Erfolg verspricht. Die Aktiengesellschaft wird also infolge der Nichteintragung der Prokura weit häufiger einen Schaden als einen Nutzen haben. Jedenfalls aber würde unter der Nichteintragung der Prokura das Verkehrsinteresse weit mehr leiden als die Aktiengesellschaft dadurch geschützt wird. Denn schließlich bezweckt die Registereintragung in erster Linie doch den Schutz des Dritten, der mit einer Person kontrahieren will, welche sich als Prokurist geriert.[1]) Aber auch noch deshalb würde die Verweigerung der Eintragung nachteilig für die Gesellschaft wirken, weil sie nicht nur eine Erschwerung der Tätigkeit unredlicher oder ungeeigneter, sondern auch tüchtiger und redlicher Prokuristen bedeuten würde. Überdies dürfte der Wert der Registereintragung

[1]) Vgl. § 15 H.G.B.

und der ihrer Bekanntmachung doch wohl vom Kammergericht überschätzt werden. Denn in Wirklichkeit erfolgt eine Kenntnisnahme der Bekanntmachung nicht durch das „gesamte Publikum", sondern nur durch gewisse interessierte Kreise, meist nur die Geschäftsfreunde der Gesellschaft, pflegen davon Notiz zu nehmen, alle übrigen holen sich im Bedarfsfalle aus dem Register die erforderliche Information. Gerade den Geschäftsfreunden aber wird die Prokuraerteilung regelmäßig durch Versendung von Zirkularen bekannt gegeben, u. z. auch dann, wenn der Vorstand dabei unter Überschreitung seiner Befugnisse gehandelt hat. Für diese erübrigt es sich, das Register einzusehen oder gar die Bekanntmachung zu kontrollieren, da ja die Prokura sogar in dieser Weise erteilt werden kann, sie erfahren also meist gar nicht erst das Unterbleiben der Eintragung und dieses hat infolgedessen nur eine verhältnismäßig geringe Wirkung.

2α. Allein vom Rechtsstandpunkt aus betrachtet, will das Kammergericht die Eintragung einer Prokura ablehnen, wenn das Gericht weiß, daß bei ihrer Erteilung der Vorstand nicht die mangels anderer statutarischer Bestimmung in § 238 geforderte Zustimmung des Aufsichtsrates eingeholt hat, weil das Gericht, wenn es trotz dieser Kenntnis die Eintragung vornehmen würde, einen gesetzwidrigen Akt sanktionieren würde.[1])

Es mag zunächst ohne weiteres zugegeben werden, daß der Vorstand in diesem Falle gesetzwidrig handelt. Weit häufiger aber kommt es doch vor, daß die Gesellschaften im Wege der Privatautonomie selbst Bestimmungen geschaffen haben, welche die Vertretungsmacht des Vorstandes hinsichtlich der Prokuraerteilung beschränken. Das Kammergericht hat sich mangels einer direkten Veranlassung nicht darüber ausgesprochen, wie sich das Gericht in diesem Falle verhalten solle. Zweifellos kann das Verhalten des Vorstandes hier nicht als gesetzwidrig bezeichnet werden. Denn die Statuten und Generalversammlungsbeschlüsse erzeugen nicht neues materielles Recht, sondern bringen nur das geltende Recht für die eigenen Rechtsbeziehungen zur Anwendung;

---

[1]) a. a. O. S. 115.

ihre bindende Kraft beruht allein auf Vertrag.[1]) Wir müßten daher, nachdem wir die übrigen Einwendungen bereits zurückgewiesen haben, zu dem Schluß kommen, daß hier das Registergericht zur Eintragung verpflichtet ist, dort dagegen nicht. Dabei bildet die Selbstbestimmung der Gesellschaften die weit überwiegende Regel, während sich die gesetzliche Bestimmung nur als eine subsidiäre, der autonomen nachgebildete charakterisiert. Es erscheint also hiernach schon infolge des verschiedenartigen Verhaltens des Registergerichts die Zubilligung eines Beanstandungsrechtes für den Fall des Verstoßes gegen § 238 bedenklich.

Gänzlich unmotiviert aber muß man es m. E. dann finden, wenn man die Natur des § 238 einer näheren Betrachtung unterzieht. Die Gesetzwidrigkeit erscheint dann in einem ganz anderen als dem gewöhnlichen Lichte. Die in § 238 enthaltene Vorschrift ist nämlich keine zwingende Norm, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der gegen sie verstoßenden Handlung zur Folge hat, sondern nur eine instruktionelle. Solche sollen aber, wie auch in der Reichstagskommission[2]) ausdrücklich hervorgehoben wurde, den vertragsmäßigen Einschränkungen gleichgestellt sein, kommen also, wie schon oben[3]) erwähnt, lediglich für das interne Verhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft in Betracht. Sie können daher das Registergericht ebensowenig zur Verweigerung der Eintragung berechtigen, wie das Prozeßgericht oder eine andere Behörde z. B. der Grundbuchrichter, den als gesetzlichen Vertreter der Aktiengesellschaft auftretenden Vorstand zurückweisen darf, weil seine Vertretungsbefugnis durch das Statut oder durch einen Beschluß der Generalversammlung beschränkt sei.[4])

β. Endlich wendet das Kammergericht noch ein: Es könne nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen, daß auf den Antrag des einen Organs der Aktiengesellschaft eine Prokura zur Eintragung gebracht werde, die auf Betreiben eines anderen Organs nachträglich wieder gelöscht werden müßte.[5]) Die Prokura kann und muß aber doch zur Eintragung angemeldet werden, wenn

---

[1]) Endemann, I S. 31 Anm. 6; in gleichem Sinne Unger, I S. 32; Stobbe, I S. 160, Crome, § 18 Anm. 13; abweichend Gierke, S. 150.

[2]) Hahn-Mugdan, Materialien S. 594.

[3]) S. 37. [4]) R.G. XLV S. 152. [5]) a. a. O. S. 115.

sie tatsächlich erteilt ist, und ebenso kann und muß ihre Löschung betrieben werden erst nach ihrer Zurücknahme und nur deswegen. Hierauf ist m. E. allein das Gewicht zu legen, nicht kommt es darauf an, daß die Anträge von verschiedenen Organen ausgehen, sofern sie nur überhaupt berechtigt sind, sie zu stellen.

γ. Die Zubilligung des Rechtes und der Pflicht zur Beanstandung der Prokura würde aber m. E. auch in einem unlösbaren Widerspruche zu dem Ordnungsstrafrecht des Gerichts und dem Prinzip der Publizität des Registers stehen. Denn vermöge seines Ordnungstrafrechtes[1]) hat das Gericht den Vorstand zur Anmeldung der Prokura anzuhalten, selbst wenn es weiß, daß der Vorstand bei der Prokuraerteilung seine Pflichten verletzt hat. Denn dieses Strafverfahren ist unerläßlich.[2]) Wenn aber dann trotzdem die Eintragung der Prokura unterbleiben sollte, wozu bedarf es da des Strafverfahrens?! Zudem führt das Unterlassen der Eintragung wegen der Gültigkeit der Prokura zu einer Unrichtigkeit des Registers. Infolge der Publizität des Registers aber sind nach dem Willen des Gesetzes Unrichtigkeiten desselben nach Möglichkeit zu vermeiden resp. zu beseitigen. Deshalb verpflichtet auch § 126 F.G.G. die Organe des Handelsstandes, die Registergerichte behufs der Verhütung unrichtiger Eintragungen, sowie der Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen. Und demselben Zweck dienen die Bestimmungen der §§ 142 ff. F.G.G., wonach das Registergericht unter Umständen von Amts wegen zwecks Richtigstellung des Registers tätig wird.

δ. Die Verweigerung der Eintragung würde nur berechtigt sein, wenn die Prokura wegen des der Vertretungsmacht des Vorstandes anhaftenden Mangels ungültig wäre. Würde der Richter bei Kenntnis des Mangels doch die Prokura eintragen, so würde er eine falsche Tatsache beurkunden. Das würde aber dem Charakter einer amtlichen Beurkundung widersprechen. Nun ist aber die erteilte Prokura, wie nochmals betont werden muß, rechtsgültig. Das Registergericht deckt daher bei Kenntnis des

[1]) § 14 H.G.B. und §§ 132—139 F.G.G.

[2]) Schultze-Görlitz, S. 459 f. und Petersen-v. Pechmann a. a. O.

in der Erteilung der Prokura liegenden Mangels mit der Eintragung der Prokura nicht wissentlich eine falsche Tatsache mit seiner Autorität, sondern es unterläßt vielmehr mit der Nichteintragung wissentlich die Registrierung einer wahren, eintragungspflichtigen Tatsache, und der Richter setzt sich daher in solchem Falle der Gefahr des Regresses aus.[1])

Man wird daher m. E. nicht umhin können, dem Registergericht sowohl das Recht und die Pflicht zur Prüfung der Vertretungsmacht des Vorstandes als auch zur eventuellen Verweigerung der Eintragung abzusprechen, die ersteren überdies noch aus dem Grunde, weil sie ohne die Konsequenz einer Verweigerung der Eintragung wertlos wären. Das Gesagte muß natürlich auch für den Fall gelten, daß dem Vorstand das Recht zur Prokuraerteilung ganz entzogen ist.

---

[1]) Schultze-Görlitz, S. 6.

Lebenslauf.

Ich wurde am 21. April 1883 zu Loewen, Kreis Brieg, geboren als Sohn des Kämmerers Otto Hannack und seiner Ehefrau Martha, geb. Peucker, wurde im evangelischen Glauben erzogen und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Von meinem 12. Lebensjahre an besuchte ich das Königl. Gymnasium zu Wohlau, wo ich Ostern 1903 das Zeugnis der Reife erhielt. Hierauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft und besuchte die Universitäten zu Greifswald, Berlin und Breslau. Während dieser Zeit hörte ich Vorlesungen der Herren Professoren:

Brie, Brunner, Dernburg, Dickel, Fischer, Frommhold, Gierke, Gretener, Heilborn, Hübler, Kahl, Kaufmann, Kleineidam, Leßer, Preuß, Sartorius, Schmöle, Seckel, Stampe, Stoerck, Wagner, Werminghoff, Wolff und Zeumer.

Am 22. April 1907 wurde ich von meiner Tante, Fräulein Emeline Peucker in Militsch, Bezirk Breslau, an Kindesstatt angenommen.

Am 16. Juli 1908 bestand ich vor der Kommission für die erste Juristische Prüfung beim Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen. Auf Grund des hiermit erlangten Zeugnisses wurde ich am 21. August 1908 zum Referendar ernannt und am 30. August beim Königl. Amtsgericht in Jauer vereidigt. Nachdem ich zur weiteren Ausbildung beim Landgericht in Liegnitz beschäftigt gewesen war, erhielt ich am 16. September 1909 den von mir erbetenen Abschied.

Seit dem 1. November 1909 bin ich Beamter der Kattowitzer Aktiengesellschaft für Bergbau und Eisenhüttenbetrieb zu Schloß Kattowitz bei Kattowitz.

Den Herren Professoren Dr. Schott und Dr. H. Meyer spreche ich an dieser Stelle für ihre freundliche Unterstützung meinen Dank aus.